

ZIVILRECHTLICHER SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG IM SPIEGEL DER EUROPÄISCHEN ENTWICKLUNG: DEUTSCHLAND UND ITALIEN IM VERGLEICH

EINLEITENDER TEIL

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Die Fortentwicklung und der Ausbau zivilrechtlichen Schutzes vor Diskriminierungen auf gemeinschaftsrechtlicher sowie (zu einem Großteil dadurch bedingt) auf nationaler Ebene könnten ein neues „goldenes Zeitalter“¹ der Antidiskriminierungsgesetzgebung, ja vielleicht sogar eine „Revolution“² eingeläutet haben. War die politische und rechtswissenschaftliche Diskussion lange Zeit auf das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV) und damit auf die integrationspolitisch motivierten, binnenmarktbezogenen Diskriminierungsverbote beschränkt, hat sich dies mit dem Vertrag von Amsterdam und dem nachfolgenden Erlass der gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien der „neuen Generation“³ schlagartig geändert. Im Fokus der Aufmerksamkeit stehen die sog. gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote, deren Problematiken nunmehr auch Zivilrechtler in ihren Bann ziehen⁴: Denn die Vorgaben des Sekundärrechts erweitern

¹ Barbera, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. XIX.

² De Simone, LD 2004, 527 (529).

³ Dieser Begriff geht auf Fredman, ILJ 2001, 145 ff. zurück, vgl. näher Teil 2, B.I.

⁴ Dies ist nicht immer so gewesen, vgl. die Kritik bei Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 20, 23 und Nickel, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, S. 22. S. a. Basedow, ZEuP 2008, 230 (230) und Maffei, Offerta al pubblico e divieto di discriminazione, S. 18 f.

den Schutz vor Diskriminierungen über das Arbeitsrecht hinaus auch auf das allgemeine Zivilrecht.

Dass die Fortentwicklung von Diskriminierungsschutz dringend angezeigt ist, belegt die Realität: nicht nur Vergangenheit, sondern auch Gegenwart liefern immer wieder Zeugnisse von Ungleichbehandlungen angeblich oder tatsächlich unterschiedlicher Menschen und Menschengruppen. Häufig gestützt auf negative oder ablehnende Einstellungen einem Menschen oder einer Menschengruppe gegenüber, denen von vornherein aufgrund von Verallgemeinerungen bestimmte Eigenschaften zugeschrieben werden, vollzieht sich ein Differenzierungsprozess zwischen „Wir“ und „Ihr“, „den Anderen“, „den Fremden“, zwischen Mehrheit und Minderheiten. Solche Vorurteile sind das Ergebnis eines Entscheidungsprozesses durch die Gesellschaft – eine Gesellschaft, die bestimmt, was „normal“ und was „anders“, was „Norm“ und was „Abweichung“ ist: Im Rahmen von nur scheinbar komplementären, in Wirklichkeit aber hierarchisch strukturierten Grunddualismen von männlich-weiblich, weiß-schwarz, hetero-homo, dominante Gruppe-ethnische Minderheit, nicht behindert-behindert, jung-alt usw. schließt der Mensch absichtlich, häufig aber auch (nur) instinktiv „das andere“ aus. Die Folge dieser Konstruktion und Bewertung von Differenzen durch die Gesellschaft sind Diskriminierungen all derjenigen, die der „dominanten Norm“ nicht entsprechen. Dabei kann die Benachteiligung von Menschen ganz unterschiedliche Formen annehmen: Schlimmstenfalls artet sie in gewalttätige Übergriffe aus, sie äußert sich aber auch in Willkür und bewusster Ignorierung in den unterschiedlichsten Lebensbereichen: im Alltag, auf dem Arbeits- und Wohnungsmarkt, teilweise auch im Gesundheits- und Versicherungswesen und beim Zugang zu Bildungsstätten.

In den heutigen „vielfältigen“⁵ Gesellschaften, die geprägt sind durch die Koexistenz verschiedener Interessen, Lebensformen und Lebensweisen, spielt sich Diskriminierung vor allem im Privatrechtsverkehr ab. Im Rahmen des Vertragsrechts als dem den wirtschaftlichen Austausch ermöglichenden Teil des Privatrechts, wurde die *Vertragsinhaltsfreiheit* in den letzten Jahrzehnten zwar immer weiter beschränkt; weniger von Beschränkungen betroffen war hingegen die *Vertragsabschlussfreiheit*, denn es stand bisher zumindest grundsätzlich im Belieben des Einzelnen, die Auswahl eines potentiellen Vertragspartners von dessen persönlichen Merkmalen abhängig zu

⁵ Vgl. den Titel bei *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik.

machen – von Merkmalen, die leicht oder schwerer zu erkennen sind, von solchen, die beeinflussbar sind, aber auch von Merkmalen, die nur schwer oder gar nicht beeinflusst werden können⁶.

Insbesondere im Zuge der allmählichen Herausbildung eines durch die Organe und Institutionen der Europäischen Gemeinschaft vorangetriebenen europäischen Privatrechts hat aber der Gleichheitsgrundsatz – seit 1980 ein „Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts“, dessen „spezifischer Ausdruck“ die Diskriminierungsverbote sind⁷ – immer mehr an Einfluss gewonnen. Dabei ist das Anliegen eines besseren Diskriminierungsschutzes zunächst in Bezug auf die Entgeltgleichheit der Geschlechter verfolgt worden: bereits Mitte der siebziger Jahre hat der EuGH den seit 1956 bestehenden Art. 119 EWGV (nunmehr Art. 141 EGV), der das Gebot gleichen Entgelts für gleiche Arbeit unabhängig vom Geschlecht festlegt, für unmittelbar anwendbar erklärt⁸; und nur kurze Zeit später wurde die Gleichbehandlungsrichtlinie⁹ erlassen, die das Differenzierungsverbot wegen des Geschlechts auf weitere Arbeitsbedingungen erweiterte.

Auf der Grundlage des 1997 mit dem Vertrag von Amsterdam¹⁰ in den EG-Vertrag eingefügten neuen Art. 13 ist der Rat seither im Rahmen der auf die Europäische Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten dazu ermächtigt, „geeignete Vorkehrungen“ zu treffen, um „Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“. Neben dem Geschlecht (und der Staatsangehörigkeit) finden somit eine Reihe weiterer Merkmale Eingang in den EG-Vertrag. Im Zusammenhang mit Art. 2 EGV, der die Gleichstellung von Männern und Frauen ohne Beschränkung auf das Arbeitsentgelt in den Aufgabenkatalog der Gemeinschaft aufgenommen hat, wurde der Grundsatz der Geschlechtergleichheit durch

⁶ Vgl. *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 346.

⁷ EuGH Rs. C-810/79 (Überschär), Slg. 1980, 1237.

⁸ EuGH Rs. C-43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 455.

⁹ Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39/40.

¹⁰ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. 1997 C 340/308.

Art. 141 Abs. 3 EGV auf sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsfragen erweitert; und im Hinblick auf „die effektive Gewährleistung der Gleichstellung von Frauen und Männern“ verleiht Art. 141 Abs. 4 EGV dem Erlass sog. positiver Maßnahmen seither eine solide(re) Grundlage.

Seit dem Jahr 2000 hat der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber, im Bemühen um soziale Inklusion, aber auch in der Hoffnung, durch das Zurückdrängen von Diskriminierung die wirtschaftliche Effizienz zu fördern, auf der Grundlage von Art. 13 und 141 EGV mehrere Richtlinien erlassen, die Diskriminierungen aufgrund unterschiedlicher Merkmale in verschiedenen Bereichen des Zivil- bzw. Arbeitsrechts verbieten. Den Anfang machten die Richtlinie 2000/43/EG „zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft“¹¹ sowie die Richtlinie 2000/78/EG „zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“¹², die vor Diskriminierungen aufgrund von Alter, Behinderung, sexueller Ausrichtung, Religion und Weltanschauung schützt. Ebenfalls auf Art. 13 EGV stützt sich die Richtlinie 2004/113/EG „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“¹³. Die Richtlinie 2002/73/EG („zur Änderung der Richtlinie 76/207/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen“)¹⁴ basiert hingegen auf der Grundlage von Art. 141 EGV: Dieser stellt im Bereich Geschlechterdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf gegenüber Art. 13 EGV die vorrangige Grundlage dar; auf seiner Basis erfolgte auch der Erlass der bis dato letzten Antidiskriminierungsrichtlinie – die Richtlinie 2006/54 „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung)“¹⁵.

¹¹ ABl. 2000 L 180/22.

¹² ABl. 2000 L 303/16.

¹³ ABl. 2004 L 373/37.

¹⁴ ABl. 2002 L 269/15.

¹⁵ ABl. 2006 L 204/23. Diese Richtlinie fasst die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Beschäftigung und Beruf zusammen und hebt die Richtlinien 75/117/EWG, 76/207/EWG,

B. Gang der Untersuchung

In Italien und Deutschland war der Zeitraum während und nach Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien durch Diskussionen völlig unterschiedlicher Intensität und unterschiedlichen Umfangs über Art und Weise der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gekennzeichnet: Während in Italien die Diskussionen auf politischer und wissenschaftlicher Ebene kaum nach außen drangen und der italienische Gesetzgeber sich im Ergebnis für eine mehr oder weniger „mechanische“ Umsetzung der Gemeinschaftsvorgaben in unterschiedlichen *decreti legislativi*¹⁶ entschieden hat, war der steinige Weg Deutschlands bis zum Erlass des sog. „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“¹⁷ im Jahre 2006 von heftiger Kritik und zahlreichen Diskussionen in Politik, Wissenschaft und der allgemeinen Öffentlichkeit begleitet.

Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zugunsten eines einheitlichen Gesetzes, das den Schutz vor Diskriminierungen gegenüber den europäischen Vorgaben insofern erweitert, als es „Benachteiligungen“ im Zivilrechtsverkehr nicht nur wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft und des Geschlechts verbietet, sondern auch wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters sowie der sexuellen „Identität“, hat sich heftiger Kritik ausgesetzt gesehen. Die (teilweise polemische und wenig konstruktive) Kritik an dem Gesetz lässt sich zum Teil nur schwer begreifen. Verständlicher wird sie erst, wenn man sich die Fundamentalität der Fragen vor Augen hält, die in Deutschland die Diskussionen beherrscht haben: Fragen, die das Verhältnis von Recht und Moral, von Freiheit und Gleichheit, von Staat und Gesellschaft betreffen. Ein Teil der Gegner

86/378/EWG sowie 97/80/EG mit Wirkung vom 15. August 2009 auf (vgl. Art. 33 Richtlinie 2006/54/EG)

¹⁶ Dabei handelt es sich um die *decreti legislativi* Nr. 215 und 216 aus dem Jahr 2003 (GU 186/2003 bzw. GU 187/2003) zur Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG bzw. 2000/78/EG, um das *decreto legislativo* Nr. 145/2005 (GU 173/2005) zur Umsetzung der Richtlinie 2002/73/EG sowie das *decreto legislativo* 196/2007 (GU 261/2007, suppl. ord. 228) zur Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG. Die beiden letztgenannten *decreti legislativi* sind schließlich im sog. *Codice delle pari opportunità* (*decreto legislativo* Nr. 198/2006, GU 125/2006, suppl. ord. 133) aufgegangen. Die *decreti legislativi* Nr. 215/2003, 216/2003 und 145/2005 mussten wegen mangelnder Umsetzung der Richtlinienvorgaben bereits Änderungen unterzogen werden, s. *decreto legge* Nr. 59/2008 (GU 84/2008), umgewandelt in *legge* Nr. 101/2008 (GU 132/2008). Zu den einzelnen Änderungen Teil 5, B. III.1.

¹⁷ Art. 1 zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006, zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 66 Gesetz vom 05. Februar 2009 (BGBl. I 2009, 160).

eines umfassenden Antidiskriminierungsgesetzes sieht das Privatrecht durch die Einführung von „ethischen“ oder „moralischen“ Prinzipien bedroht¹⁸, andere hören dessen „Totenglocke“ läuten¹⁹. Behauptungen dieser Art gründen sich scheinbar auf die Überzeugung, dass die Bestimmungen, auf deren Grundlage ein Antidiskriminierungsgesetz im Privatrecht aufbaut, „ethischer“ bzw. „moralischer“ Natur sind, während das Nichtvorhandensein solcher Regeln schlicht und einfach die Anwendung eines „neutralen“ Privatrechts widerspiegelt.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird versucht, zu diesen Grundannahmen Stellung zu nehmen; sie sind verbunden mit weiteren grundlegenden Fragen: Welches Modell einer Unionsbürgerschaft verfolgt das Antidiskriminierungsrecht²⁰? Welche Gleichheitskonzeptionen stehen hinter ihm, welche Ziele verfolgt es und inwieweit erfüllt es die Funktion eines sozio-ökonomisch gestaltenden Rechts? Wo sind seine normativen Grundlagen zu suchen und auf welchen konzeptionellen Grundlagen baut es auf? Die Antworten auf diese Fragen liefern gleichzeitig wichtige Grundlagen für den im Kern der Untersuchung verfolgten Vergleich der deutschen und italienischen Antidiskriminierungsbestimmungen im Zivilrecht.

Auf diesen Überlegungen aufbauend ist Teil eins in erster Linie den Aufgaben, Zielvorstellungen und Gleichheitskonzeptionen des Antidiskriminierungsrechts gewidmet. Abhängig von seinen Zielen kann sich Antidiskriminierungsrecht an unterschiedlichen Gleichheitskonzeptionen ausrichten: an dem Konzept der Gleichheit im Sinne von „individueller Gerechtigkeit“, im Gegensatz zu demjenigen „gruppenbezogener Gerechtigkeit“, das sowohl Chancen- als auch Ergebnisgleichheit mit einbezieht; anknüpfend an anglo-amerikanische Vorbilder legt eine neuere Vision schließlich das Augenmerk auf Gleichheit als „positive Pflicht“ und bewegt sich damit weg von der Aufstellung rein negativer Verbote. An die Analyse der verschiedenen Gleichheitsmodelle knüpft schließlich die Frage nach Erforderlichkeit und Nutzen von Antidiskriminierungsrecht an. Obwohl durch die Realität belegt ist, dass sich Diskriminierung auf wettbewerbsgesteuerten Märkten nicht nur hält, sondern durch

¹⁸ Bspw. *Adomeit*, NJW 2006, 2169 (2170), *Picker*, JZ 2003, 540 (541).

¹⁹ *Reppen*, in Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 11 ff.

²⁰ Im Hinblick auf diese Frage sei insbesondere auf die Untersuchungen von *Somma* verwiesen, vgl. zuletzt Pol. dir. 2008, 507 ff., *ders.*, in *Alpa*, Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo (im Erscheinen).

Marktmechanismen auch verursacht wird, wird unter Hinweis auf den „Markt als Alternative“ teilweise die Erforderlichkeit von Diskriminierungsschutz im Privatrecht bestritten; es wird sogar behauptet, die heutige Gesellschaft sei ohnehin „im Großen und Ganzen diskriminierungsfrei“ und derartige Schutzbestimmungen hätten in einer „Privatrechtsgesellschaft“ keinen Platz²¹. Mit einer Stellungnahme auch zu diesen Behauptungen wird Teil eins abgeschlossen.

Um das Antidiskriminierungsrecht auf seine Grundfragen zurückzuführen und um die Bestimmungen des nationalen Rechts besser in einen übergreifenden Kontext einordnen zu können, beschäftigt sich Teil zwei mit den normativen Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts auf völkerrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Ebene. Die Entwicklung des Diskriminierungsschutzes im Völkerrecht, das ziemlich bald erkannt hat, dass auch eine Privatwirkung der menschenrechtlichen Schutzgüter erforderlich ist, zeichnet eine Tendenz zur thematischen Ausweitung des Kampfes gegen Diskriminierung ab. Dementsprechend ist der Schutz vor Diskriminierung Gegenstand zahlreicher völkerrechtlicher Verträge, auf die die Antidiskriminierungsrichtlinien in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich Bezug nehmen.

Die unmittelbaren Grundlagen der genannten Richtlinien finden sich in den bereits erwähnten Bestimmungen des Primärrechts – Art. 13 und 141 EGV: Während die Zielrichtung des ersteren rein abwehrend ist (Art. 13 EGV ermächtigt zu Maßnahmen zur *Bekämpfung von Diskriminierungen*), enthält Art. 141 Abs. 3 EGV (im Bereich der Geschlechter ermächtigt er zu Maßnahmen zur *Gewährleistung des Grundsatzes der Chancengleichheit*) einen positiven Gestaltungsauftrag. Dies zeugt von einer Hierarchie im Primärrecht – Geschlecht vor Rasse, ethnischer Herkunft, sexueller Ausrichtung, Behinderung, Religion, Alter und Weltanschauung –, die sich, wie zu zeigen sein wird, zwar teilweise in der Charta der Grundrechte, nicht aber im Sekundärrecht widerspiegelt. Diese Gleichheitshierarchien auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene sind im Rahmen der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben nicht selten Gegenstand von Kritik gewesen.

Den im Grundgesetz bzw. in der *Costituzione* enthaltenen Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz ist im Anschluss daran Teil drei gewidmet. Die Analyse der verfassungsrechtlichen Fundamente will dem im Bereich Diskriminierungsschutz

²¹ Säger, ZG 2005, 154 (157).

wirkenden, aus Völker-, Gemeinschafts- und nationalem Verfassungsrecht sowie einfachgesetzlichen Grundlagen bestehenden „Mehrebenensystem“ gerecht werden.

Unterschiede zwischen Grundgesetz und *Costituzione* ergeben sich schon aus dem Katalog der geschützten Merkmale, der in der italienischen Verfassung aufgrund einer „offenen Schlussformel“ zudem einer Erweiterung zugänglich ist. Im Gegensatz zum Grundgesetz enthält die *Costituzione* außerdem eine ausdrücklich an den Staat gerichtete Verpflichtung zur Beseitigung aller „Hindernisse wirtschaftlicher und sozialer Art, die die Freiheit und Gleichheit der Bürger faktisch beeinträchtigen“ und scheint damit den Prototyp der Chancengleichheit im substantiellen Sinn zu verkörpern.

Die nationalen verfassungsrechtlichen Grundlagen waren vor Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien insofern von Bedeutung, als aufgrund des Fehlens bzw. des begrenzten Vorhandenseins spezieller Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr Diskussionen um ihre Auswirkungen auf private Rechtsverhältnisse im Mittelpunkt standen. Mit der hier angesprochenen Frage nach dem „Wie“ einer Drittwirkung der Grundrechte ist die Frage nach der Anwendbarkeit der als „Einfallstore“ für die verfassungsrechtlichen Wertvorgaben fungierenden zivilrechtlichen Generalklauseln zum Schutz vor privatrechtlichen Diskriminierungen verbunden. In diesem Zusammenhang wird auf die im jeweiligen nationalen Recht erarbeiteten bisherigen Lösungsvorschläge zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr eingegangen, sowie (wenn bzw. soweit vorhanden) auf die bereits vorhandenen speziellen Schutzbestimmungen.

Teil vier und Teil fünf widmen sich schließlich den jeweiligen nationalen Umsetzungsbestimmungen. Dabei beschränkt sich die Arbeit auf eine Analyse der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben im allgemeinen Zivilrecht: Dort scheinen Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung weitaus weniger akzeptiert zu werden, als im Arbeitsrecht, in dessen Rahmen Diskriminierungsschutz maßgeblich mit der im Vergleich zum Arbeitgeber schwächeren Position des Arbeitnehmers und der Steigerung von Effizienz begründet wird. Gegenstand der Untersuchung sind daher die Umsetzungsbestimmungen zu den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG, die vor Diskriminierungen aufgrund von Rasse bzw. ethnischer Herkunft sowie Geschlecht (auch bzw. nur) im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts schützen. Der Vergleich erfolgt dabei nicht getrennt nach den nationalen Rechtsordnungen, sondern nach dem im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts anerkannten Ordnungsprinzip, das zunächst nach Anwendungsbereich, verbotenen Merkmalen sowie der Zulässigkeit von

unterschiedlichen Behandlungen fragt, und sodann auf Sanktionen und Rechtsschutz eingeht²².

Dementsprechend ist Teil vier dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots, den möglichen Formen der Diskriminierung sowie der Zulässigkeit von unterschiedlichen Behandlungen gewidmet. Da sich die in den Richtlinien enthaltenen Vorgaben und Definitionen nicht selten wortlautgetreu insbesondere in den italienischen, teilweise aber auch in den deutschen Umsetzungsbestimmungen wiederfinden, werden sie als Ausgangspunkt der Untersuchung genommen. Während sich in Deutschland die Diskussionen in erster Linie um die Ausweitung des Anwendungsbereichs des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots und damit um die überschießende Umsetzung der Richtlinieninhalte drehen, erweist sich im italienischen Recht insbesondere die fehlende Harmonisierung mit bereits bestehenden Vorschriften als problematisch: Denn das die Antirassismusrichtlinie umsetzende *decreto legislativo* Nr. 215/2003 überschneidet sich im Anwendungsbereich mit einem Regelwerk aus dem Jahr 1998 (dem sog. *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*)²³, das vor Diskriminierungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Staatsangehörigkeit und Religion schützt und bereits Definitionen zum Begriff Diskriminierung enthält, die ausdrücklich aufrechterhalten werden sollen.

Das Schlusskapitel beschäftigt sich schließlich mit der Frage nach den Sanktionen und dem Rechtsschutz, die für die Effektivität des Antidiskriminierungsrechts von entscheidender Bedeutung sind. Nicht selten wurden bisher „notorische Defizite“²⁴ der Rechtsdurchsetzung des Antidiskriminierungsrechts beklagt, die Zweifel an seiner Steuerungsfähigkeit und seinem Nutzen haben aufkommen lassen. Die vorliegend untersuchten Richtlinien überlassen die Entscheidung über die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot allerdings überwiegend den Mitgliedstaaten, denn sie verlangen lediglich, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen. Im Rahmen des Umsetzungsprozesses dieser Vorgaben wurden in der deutschen und in der italienischen Literatur zwei Fragen

²² Vgl. *Lehmann*, in Schulze, *New Features in Contract Law*, S. 69.

²³ *Decreto legislativo* Nr. 286/1998 (GU 191/1998, suppl. ord. 139).

²⁴ *Schiek-Schiek*, AGG, Einl., Rn. 55; vgl. auch *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 315.

gleichermaßen diskutiert: Bringt – erstens – der dem Diskriminierungsopfer nach den nationalen Umsetzungsbestimmungen jeweils zugestandene Anspruch auf die „Beseitigung der Diskriminierung“ einen Anspruch auf bzw. einen Zwang zum Vertragsschluss mit sich? Und sind – zweitens – Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden unabhängig vom Verschulden der diskriminierenden Person zu gewähren oder ist ein verschuldensunabhängiger Anspruch mit dem nationalen Rechtssystem unvereinbar? Bei der Analyse der jeweils gegebenen Sanktionsmöglichkeiten wird insbesondere auf diese beiden Fragen eingegangen.

Die Untersuchung schließt mit einem kurzen Blick auf die Regeln der Beweislastverteilung sowie die Mitwirkungsbefugnisse von Antidiskriminierungsverbänden: Hier setzen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum einen fest, dass dem Beklagten der Beweis der fehlenden Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes obliegt, wenn von der beschwerten Person Tatsachen „glaubhaft gemacht werden“, die das Vorliegen einer Diskriminierung „vermuten lassen“. Hinsichtlich der Mitwirkungsbefugnisse von Verbänden sollen die Mitgliedstaaten nach den Richtlinienvorgaben sicherstellen, dass sich bestimmte Organisationen „im Namen der beschwerten Person“ oder „zu deren Unterstützung“ an den zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichtsverfahren beteiligen können. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben lassen hier den nationalen Gesetzgebern einen relativ weiten Gestaltungsraum, der vom deutschen und italienischen Gesetzgeber unterschiedlich genutzt worden ist.

C. *Entwicklungstendenzen im europäischen Privatrecht: Ein Einblick*

Dass weder Deutschland noch Italien vor Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben auf dem Gebiet des Diskriminierungsschutzes als Vorreiter gewirkt haben, wird niemand ernsthaft bezweifeln. Diese Rolle kam in erster Linie²⁵ Großbritannien

²⁵ Daneben können die in den skandinavischen Rechtsordnungen bestehenden Gesetze (Dänemark mit dem *Gender Equality Act* aus dem Jahr 2000, Finnland mit dem *Act on Equality between Women and Men* von 1986, sowie Norwegen mit dem *Gender Equality Act* von 1978) genannt werden, die zwar nur das Merkmal Geschlecht schützen, deren Anwendungsbereich aber weder auf bestimmte Vertragstypen noch auf bestimmte Arten von Angeboten beschränkt ist. Vgl. auch den Überblick über die gesetzlichen

und den Niederlanden zu, denn beide Staaten haben bereits vor Jahren Gesetze erlassen, die auch außerhalb des Arbeitsrechts die Unterscheidung aufgrund verschiedener Merkmale missbilligen: Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote sind zum einen im *Sex Discrimination Act* von 1975, im *Race Relations Act* von 1976 sowie im *Disability Discrimination Act* von 1995 enthalten; zum anderen enthält das niederländische *Algemeen Wet Gelijke Behandeling* von 1994 u.a. beim Angebot von Gütern und Dienstleistungen in der Öffentlichkeit ein Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen aus insgesamt acht Gründen²⁶.

Die Mehrzahl der europäischen Mitgliedstaaten hingegen kennt gesetzliche Diskriminierungsverbote außerhalb des Arbeitsrechts erst seit der Umsetzung der „neuen“ Antidiskriminierungsrichtlinien²⁷. Insofern kann es nur auf den ersten Blick verwundern, dass die aus den Arbeiten der Lando-Kommission hervorgegangenen, durch die sog. *Study Group* ergänzten und fortentwickelten *Principles of European Contract Law* (im Folgenden *PECL*) – auf dem Vergleich der nationalen Rechte beruhende Prinzipien²⁸ – keinerlei Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr enthalten.

Die *PECL* stellen eine der beiden Quellen dar, die in den nach Vorgaben der Europäischen Kommission²⁹ von einem internationalen Forschernetzwerk³⁰ vorzubereitenden *Common Frame of Reference* einfließen sollen³¹: neben ihnen sind die auf der Grundlage des bestehenden Gemeinschaftsrechts zu erarbeitenden sog. *Acquis*

Antidiskriminierungsbestimmungen der Mitgliedstaaten, den die Europäische Kommission im Jahr 2000 anfertigen ließ (www.ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/legalprovisions_de.pdf).

²⁶ Zum Diskriminierungsschutz in den Mitgliedstaaten der EU bis zum Jahre 2000 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 93 ff.

²⁷ Vgl. den Überblick bei *Schmidt-Kessel*, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 53 ff.

²⁸ *Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law Parts I and II* (2000), *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law III* (2003); eine deutsche Übersetzung der *PECL* findet sich in v. *Bar/Zimmermann*, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teile I und II (2002), *dies.*, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III* (2005).

²⁹ Aktionsplan für ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht, KOM (2003) 68 endg., ergänzt durch KOM (2004) 651 endg.

³⁰ Zu Zusammensetzung und Programm des Netzwerks v. *Bar/Schulte-Nölke*, ZRP 2005, 165 ff.

³¹ Kritisch zur Zusammensetzung der in den Prozess miteingebundenen *stakeholders Somma*, Pol. dir. 2008, 507 (519 f.), *ders.*, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, S. 17 ff.

Principles (im Folgenden *ACQP*)³² als zweite Quelle zu berücksichtigen. Das bisherige Ergebnis der Arbeiten der *Study Group* und der *Acquis Group* liegt seit Anfang 2008 in Form des *Draft Common Frame of Reference* (im Folgenden *DCFR*)³³ vor, der gewissermaßen als „akademische Vorstufe“ des „politischen“³⁴ *Common Frame of Reference* fungieren soll.

Angesichts der jüngsten Entwicklungen auf Gemeinschaftsebene ist klar, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im *DCFR* eine nicht unerhebliche Rolle spielen wird. In der Tat fungierten als Grundlage für seine Aufnahme in die *ACQP* und den *DCFR* in erster Linie die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG³⁵, die u.a. beim „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, vor Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft bzw. Geschlecht schützen wollen.

Dementsprechend beschränkt sich das in den *ACQP* niedergelegte, als „Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben“³⁶ verstandene Diskriminierungsverbot auf den Schutz (nur) dieser Merkmale³⁷. Es geht allerdings insofern über die Richtlinien hinaus, als es zunächst als allgemeiner Grundsatz „im Vertragsrecht“ aufgestellt wird (Art. 3:101), und sich nicht etwa auf nur auf Verträge bezieht, die „den Zugang zu oder die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen betreffen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“; eine entsprechende Einschränkung erfolgt dann allerdings auf Rechtsfolgenseite (Art. 3:201). Besagter Grundsatz wird nur dort durchbrochen, wo die Handlung durch einen „legitimen Zweck“ unter Verwendung „angemessener und erforderlicher Mittel“ gerechtfertigt wird (Art. 3:103). In dieser Hinsicht unterscheiden

³² *Acquis Group* (ed.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I*. Eine deutsche Übersetzung der *Acquis Principles* findet sich in ZEuP 2007, 896 ff., dazu *Schulze*, ZEuP 2007, 731 ff.

³³ *V. Bar/Clive/Schulte-Nölke*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law. Aktuell dazu: *Somma* (a cura di), *The politics of the DCFR*, *ders.*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 1097 ff., *Meli*, Eur. dir. priv. 2008, 65 ff., *Schulze/Wilhelmsson*, ERCL 2008, 154 ff., *Basedow*, ZEuP 2008, 673 ff., *Wagner*, ZEuP 2007, S. 180 ff.

³⁴ *V. Bar/Clive/Schulte-Nölke*, *Principles, Definitions and Model Rules*, Introduction Rn. 1.

³⁵ *Acquis Group* (ed.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I*, S. 106, Rn. 2.

³⁶ *Acquis Group* (ed.), *Principles of the Existing EC Contract Law*, S. 109, Rn. 12.

³⁷ Speziell zum Antidiskriminierungsrecht in den *ACQP Zoll*, in *Schulze*, *New Features in Contract Law*, S. 85 ff.

die *ACQP* nicht zwischen den sog. mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierungen und stehen daher im Gegensatz zur Antirassismusrichtlinie, die das Verbot unmittelbarer Diskriminierungen als *absolutes* Verbot ausgestaltet und allein im Falle mittelbarer Diskriminierungen eine Rechtfertigungsmöglichkeit vorsieht³⁸.

Auf den Diskriminierungsschutzbestimmungen der *ACQP* baut der *DCFR* zwar maßgeblich auf: Die im zweiten Kapitel des mit *contracts and other juridical acts* überschriebenen zweiten Buches enthaltenen Bestimmungen beschränken den Schutz vor Diskriminierungen wie die *ACQP* auf die Merkmale rassische und ethnische Herkunft sowie Geschlecht. Andererseits unterscheidet sich der *DCFR* von diesen aber im Anwendungsbereich und bei der Festlegung der Rechtsbehelfe. Anders als in den *ACQP* wird den Richtlinien entsprechend schon der Anwendungsbereich auf den Zugang zu und die Versorgung mit öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen beschränkt (Art. II.-2:101). Und während die *ACQP* im Rahmen der Rechtsfolgen in erster Linie³⁹ die Gewährung von Schadensersatz vorsehen, verweist der *DCFR* in Art. II.-2:104 auf die in Kapitel drei für das vertragliche Leistungsstörungenrecht vorgesehenen Ansprüche. Dieser Verweis hängt zusammen mit der im *DCFR* getroffenen Entscheidung, das *Recht* zu gewähren, nicht diskriminiert zu werden – dem eine entsprechende Pflicht zur Nichtdiskriminierung der Gegenseite entspricht – und nicht, wie die *ACQP*, ein bloßes Diskriminierungsverbot aufzustellen.

Vergleicht man die Diskriminierungsverbote der *ACQP* und des *DCFR* mit denjenigen in der Charta der Grundrechte, fällt der deutlich erweiterte (zudem nicht abschließende) Merkmalskatalog der Charta auf, der wie Art. 13 EGV nicht nur Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, und sexuelle Ausrichtung umfasst, sondern sich darüber hinaus auch auf die Merkmale Hautfarbe, soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen und Geburt erstreckt.

Die inhaltliche Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots im *DCFR* ist zwar nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Da der *DCFR* aber den EG-Besitzstand und das in

³⁸ Dazu unten Teil 4, B.I.1.

³⁹ Art. 3:201 Abs. 1; allerdings können der beschwerten Person nach Abs. 2 eventuell weitere Rechtsbehelfe zur Verfügung gestellt werden.

den nationalen Rechtsordnungen bestehende Recht vereinen soll, kann die auf der Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erfolgende Analyse und Bewertung der Umsetzungsbestimmungen zweier Mitgliedstaaten einen Beitrag zu der Frage leisten, ob die inhaltliche Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes im *DCFR* den bestehenden nationalen Rechten wirklich ausreichend Rechnung trägt. Eine Frage, die sich auch angesichts der zu erwartenden Entwicklungen auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene⁴⁰ immer mehr aufdrängt.

⁴⁰ Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur „Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ungeachtet der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ vom 2. Juli 2008, KOM (2008), 426 endg. Hauptzweck der Richtlinie ist die Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund der genannten Merkmale außerhalb von Beschäftigung und Beruf; allerdings wird in Bezug auf den auch „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ umfassenden Anwendungsbereich klargestellt, dass hierunter nur „berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten“ fallen.

TEIL 1

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM PRIVATRECHT: GLEICHHEITSKONZEPTIONEN UND MARKTWIRTSCHAFTLICHE ORDNUNG

A. Gleichheitskonzeptionen

Gleichheit ist eines der Leitprinzipien des politischen Gemeinwesens. Sie gilt allerdings nach wie vor als „das wohl kontroverseste unter den großen sozialen Idealen“⁴¹. Auch im Rahmen der Ausgestaltung von Antidiskriminierungsrecht ist Gleichheit Dreh- und Angelpunkt sämtlicher konzeptioneller Debatten, und auch hier besteht hinsichtlich der Inhalte und Ziele alles andere als Übereinstimmung⁴². Es erscheint daher eine Klarstellung des Begriffs im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts angebracht, die es ermöglichen soll, Ziele, Leitvorstellungen und Inhalte dieses Rechtsgebiets besser analysieren und bewerten zu können.

Gleichheit ist ein nur schwer fassbares und vages, sowie überaus komplexes Konzept. Die zutreffende Feststellung, dass Gleichheit lediglich die „Abstraktion von

⁴¹ Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, S. 114.

⁴² So *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 2, die feststellt, dass „*it is striking that, despite the widespread adherence to the ideal of equality, there is so little agreement on its meanings and aims*“; vgl. auch *Hepple/Barnard*, CLJ 2000, 562 (583).

gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt“⁴³ bedeutet, trägt nicht unbedingt zur Erleichterung des Verständnisses bei; sie hält dem Beobachter aber die Tatsache vor Augen, dass Menschen nie in allen ihren Aspekten gleich sind und es deshalb immer nur um die Vergleichbarkeit verschiedener Menschen und Sachverhalte *unter bestimmten Gesichtspunkten* gehen kann⁴⁴.

Das Antidiskriminierungsrecht, das mit dem Begriff der Gleichheit unmittelbar verknüpft ist – rechtliche Definitionen von Gleichheit wurden als zunehmend differenzierte Antworten auf die durch das Phänomen Diskriminierung hervorgerufenen Herausforderungen entwickelt⁴⁵ –, nimmt auf einige solcher Gesichtspunkte Bezug. Seine Zielvorstellungen, Konzeptionen und seine praktische Umsetzung hängen davon ab, welche Konzeption der Gleichheit als Ausgangspunkt genommen wird. Dabei ist die Wahl bzw. Entscheidung zwischen verschiedenen Konzepten der Gleichheit (und im Anschluss daran des Antidiskriminierungsrechts) an bestimmten Werten orientiert und an bestimmten Zielen ausgerichtet⁴⁶. Dass die Interpretation des Gleichheitsbegriffs ein mit der gesellschaftlichen Entwicklung in engem Zusammenhang stehender Prozess ist, der stetigen Wandlungen unterliegt, wird durch die Weiterentwicklung der Forderungen nach unterschiedlichen Formen von Gleichheit belegt: Von der Forderung nach Rechtsgleichheit über die Forderung nach politischer sowie sozialer Gleichheit bis hin zur Forderung nach kultureller Gleichheit⁴⁷.

Dementsprechend stellt auch das Antidiskriminierungsrecht ein zahlreichen Einflüssen ausgesetztes Rechtsgebiet dar: Aufgrund seiner engen Verbundenheit mit den herrschenden Wertvorstellungen und den damit einhergehenden Entwicklungen muss hier laufend mit neuen Antworten sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung gerechnet werden⁴⁸; dies wiederum zeigt sich beispielsweise an der jüngsten Ergänzung „klassischer“ Diskriminierungsmerkmale wie Rasse oder

⁴³ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 126.

⁴⁴ Vgl. auch Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, S. 114: „Ein Gleichheitsurteil (setzt) die Verschiedenheit des Verglichenen voraus“.

⁴⁵ Fredman, Discrimination Law, S. 92.

⁴⁶ Fredman, Discrimination Law, S. 2.

⁴⁷ Die Interdependenz von Gesellschaftsgeschichte und Norminterpretation wird eingehend dargestellt bei Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 33 ff.

⁴⁸ Ellis, EU Antidiscrimination Law, S. 7.

Geschlecht durch „neue“ Diskriminierungsmerkmale wie Alter oder sexuelle Orientierung.

Im Rahmen der Diskussionen um die Ausgestaltung von Antidiskriminierungsrecht werden in der Theorie hauptsächlich drei Erscheinungen von Gleichheit unterschieden, die jedoch praktisch häufig nicht in „reiner“ Form existieren⁴⁹: Gleichheit als Symmetrie, Ergebnisgleichheit und Chancengleichheit. Diese drei Formen können wiederum den beiden Modellen der sog. Gleichheit als individuelle Gerechtigkeit (Gleichheit als Symmetrie) und Gleichheit als gruppenbezogene Gerechtigkeit (asymmetrische Gleichheit, die sowohl Chancen- als auch Ergebnisgleichheit einschließt) zugeordnet werden. In jüngerer Zeit wird daneben immer häufiger eine vierte Perspektive vorgeschlagen, die Gleichheit als Teilnahme bzw. Gleichheit als positive Pflicht propagiert⁵⁰. Der Ausformung des Gleichheitsbegriffs entsprechend können damit auch im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts unterschiedliche Ansätze (formeller oder substantieller Art) unterschieden werden.

I. Gleichheit als individuelle Gerechtigkeit

Das Konzept der Gleichheit als individuelle Gerechtigkeit wird häufig auch als prozedurale bzw. formelle⁵¹, teilweise auch als liberale⁵² Gleichheit bezeichnet. Dieses „*most basic concept of equality*“⁵³ findet seinen Ausdruck in der aristotelischen Formel, wonach Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist⁵⁴.

⁴⁹ Ellis, EU Antidiscrimination Law, S. 4.

⁵⁰ Bell/Waddington, GDLRI, 2003, 373 (375), die dementsprechend eine Dreiteilung in Gleichheit als individuelle Gerechtigkeit, Gleichheit als gruppenbezogene Gerechtigkeit und Gleichheit als positive Pflicht vorschlagen.

⁵¹ Vgl. statt aller Barnard/Hepple, CLJ 2000, 562 (564). Gegen diese Terminologie Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 3, da sie seiner Meinung nach „Werte und Entscheidungen vorwegnimmt, ohne über sie diskutiert zu haben“.

⁵² Bell/Waddington, GDLRI, 2003, 373 (375), Barnard/Hepple, CLJ 2000, 562 (562); vgl. auch Fenwick/Hervey, CMLR 1995, 443 (444).

⁵³ Fredman, Discrimination Law, S. 7.

⁵⁴ V. Buch der Nikomachischen Ethik, 1130 b.

1. Kriterienproblem und Verdienstprinzip

Wann aber nun sind Personen bzw. Sachverhalte als gleich anzusehen und infolgedessen gleich zu behandeln, d.h. wann sollen Differenzen berücksichtigt werden und wann nicht? Eine Antwort auf diese Frage enthält die auf den ersten Blick so klare Formel nicht, denn sie trifft keinerlei Aussage über die Schwelle bzw. Kriterien, ab der eine (Un-) Gleichbehandlung angebracht ist. Vielmehr hält sie hinter dem Wörtchen „gleich(es)“ Werturteile versteckt, die nicht selten dazu genutzt wurden, soziale Ungleichheiten als ausreichende Begründung für rechtliche Ungleichheiten anzusehen: In den mittelalterlichen Gesellschaften wurden Stand oder Geburt als „relevante“ Differenzen bzw. Ungleichheiten bewertet; die Ungleichbehandlung von „Freien“ und „Unfreien“, von Frauen und Männern wurde problemlos gerechtfertigt und auch später griff man bei der Ungleichbehandlung von Menschen aufgrund ihrer Nationalität oder ihrer ethnischen Herkunft noch auf diesen Grundgedanken zurück⁵⁵.

Da die aristotelische Formel mithin kein „Kriterienurteil“ enthält, erweist sie sich zwar als sehr anpassungsfähig und dehnbar, ist aber auch, wie die Beispiele belegen, zahlreichen anti-egalitären Anwendungen zugänglich⁵⁶. Vor allem aber sieht sie sich dem Vorwurf ausgesetzt, Hierarchien zu rechtfertigen bzw. zu bekräftigen⁵⁷: Solange nämlich Gleichbehandlung auf der Grundlage von (angeblich relevanten) Differenzen versagt wird, werden solche Differenzen auch weiterhin eine Rolle spielen⁵⁸. Dies aber verhindert die Herstellung von Gleichheit in der sozialen Realität.

Antidiskriminierungsrecht, das auf dem Konzept formeller Gleichheit aufbaut, kann insofern als fortschrittlich bezeichnet werden, als es bereits *von vornherein* bestimmte Merkmale bzw. Kriterien für missbilligenswert einstuft und darauf Bezug

⁵⁵ Vgl. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 34, der deshalb in der aristotelischen Formel lediglich die Umwandlung des Willkürverbots in eine Begründung von Willkür sieht.

⁵⁶ *Schiek/Waddington/Bell*, in *Schiek/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, S. 27. Siehe allerdings die Kritik bei Rudolf-Mahlmann-*Mahlmann*, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 19, bei Fn. 42, der sich dagegen wehrt, Aristoteles undifferenziert eine nicht-egalitäre Gerechtigkeitstheorie zuzuschreiben.

⁵⁷ *Ellis*, EU-Antidiscrimination Law, S. 6. Ähnlich spricht *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 56, von einem „hierarchiefreundlichen Begriff“.

⁵⁸ *Schiek/Waddington/Bell*, in *Schiek/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, S. 27.

nehmende Ungleichbehandlungen verbietet⁵⁹. Damit legt es von Anfang an fest, wann welche Unterschiede (keine) Berücksichtigung finden dürfen. So sind Menschen auf Grundlage der völkerrechtlichen Vorgaben und nunmehr auch im Rahmen des Gemeinschaftsrechts unabhängig von bestimmten Merkmalen wie beispielsweise Religion, ethnischer Herkunft oder sexueller Orientierung zu beurteilen⁶⁰.

Problematisch ist im Rahmen eines formellen Gleichheitskonzepts allerdings, dass die von bestimmten Merkmalen unabhängige Beurteilung so verstanden wird, dass die Behandlung der jeweiligen Gruppe nicht schlechter, aber auch nicht besser sein darf: Männer sollen wie Frauen geschützt werden, die religiöse oder ethnische Mehrheit wie Minderheiten, Heterosexuelle wie Homosexuelle. Antidiskriminierungsrecht in dieser Form verbietet Diskriminierungen unabhängig davon, ob das potentielle Opfer einer ohnehin benachteiligten Gruppe (z.B. Frauen, religiöse Minderheiten) oder aber einer verhältnismäßig bevorzugten Gruppe (z.B. Männer, religiöse Mehrheit) angehört⁶¹. Es fragt nicht danach, ob dadurch zusätzliche Nachteile zulasten der bereits benachteiligten Gruppe entstehen oder ob solche Nachteile auf die grundsätzlich bevorzugte Gruppe verteilt werden. Die in der Wirklichkeit bestehende unterschiedliche Verteilung von Vor- und Nachteilen *innerhalb* der jeweiligen Diskriminierungsgründe – d.h. die Tatsache, dass Diskriminierung regelmäßig zum Nachteil einer bestimmten Gruppe verläuft – findet somit keinerlei Berücksichtigung⁶². Mit dem Ziel, Diskriminierungsverbote stets mit derselben Strenge durchzusetzen, läuft diese Formel darauf hinaus, das Gleichheitsprinzip seiner wahren gesellschaftlichen Bedeutung zu entleeren⁶³.

Im Zentrum eines so konzipierten Antidiskriminierungsrechts soll die individuelle Beurteilung eines Menschen stehen und daher dem sog. „Verdienst-Prinzip“ die entscheidende Rolle zukommen: Um Gerechtigkeit bzw. Fairness im Einzelfall zu gewährleisten, sollen Personen nach ihren jeweiligen Leistungen und Fähigkeiten behandelt werden, und nicht aufgrund stereotyper Annahmen, die sich auf die

⁵⁹ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 8 bewertet diese Entwicklung als *“one of the biggest leaps in twentieth century struggle for equality”*.

⁶⁰ Zu den völkerrechtlichen und europarechtlichen Grundlagen, vgl. unten Teil 2.

⁶¹ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 105.

⁶² *Schiek*, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 39.

⁶³ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 128. Vgl. auch *Dworkin*, *Questioni di principio*, S. 232 ff.

Zugehörigkeit zu einer Gruppe gründen⁶⁴. Dem Ideal einer meritokratischen Gesellschaft⁶⁵ gemäß kommt es daher im Arbeits- bzw. ganz allgemein im Wirtschaftsleben in erster Linie auf Effizienz an, während bestimmte (missbilligte) persönliche Merkmale, die in dieser Hinsicht bedeutungslos sind, außer Betracht bleiben sollen⁶⁶. Dies soll dann selbst für solche Eigenschaften gelten, deren Beachtung *grundsätzlich* als sachlich begründet, d.h. als nachvollziehbar und rational angesehen werden kann⁶⁷. Dieses primär individualistisch ausgerichtete Verständnis der Diskriminierungsverbote wird damit begründet, dass individuell beeinflussbaren Aspekten wie Leistung und Fähigkeiten ein höherer Wert zukommt, als generalisierbaren Merkmalen. Dabei wird innerhalb der generalisierenden Merkmale den unveränderlichen Eigenschaften wie beispielsweise Rasse, Geschlecht und Behinderung eine besondere Bedeutung zugeschrieben. Dies wiederum soll der Annahme Rechnung tragen, dass eine Verletzung der Individualität bei Ungleichbehandlungen aufgrund individuell nicht beeinflussbarer Merkmale schwerer wiegt als bei Merkmalen, die – zwar nur schwer, aber dennoch – beeinflussbar sind⁶⁸.

Ein sich auf formelle Gleichheit gründendes Antidiskriminierungsrecht verbietet damit zwar Ungleichbehandlungen unter Bezugnahme auf bestimmte geschützte Merkmale; es erlaubt jedoch wiederum Benachteiligungen, sobald *innerhalb* der jeweiligen (missbilligten) Merkmalsgruppe, an die nicht direkt angeknüpft werden darf, (angeblich) „relevante“ Kriterien vorliegen. Es ist aber nicht nur die Möglichkeit derartiger Differenzierungen – die zu völlig absurden Ergebnissen führen kann⁶⁹ –, weshalb sich dieses Konzept der Kritik ausgesetzt sieht.

⁶⁴ Ellis, EU-Antidiscrimination Law, S. 5.

⁶⁵ „Der Mensch als Herr seines Schicksals“, Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 43.

⁶⁶ Mc Crudden, in Loenen/Rodrigues, Non-Discrimination Law, S. 299.

⁶⁷ Siehe Rebhahn-Rebhahn, GIBG, Einl., Rn. 31, der als typisches Beispiel die Beschäftigung jüngerer Frauen und die damit verbundenen höheren Kosten anbringt.

⁶⁸ Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 43. BVerfGE 96, 288 (302).

⁶⁹ Es können demnach beispielsweise Benachteiligungen von Personen aufgrund ihrer Haartracht unproblematisch sein, wenn die Differenzierung nur nicht direkt an das Merkmal „Rasse“ anknüpft; vgl. den Fall der Weigerung eines Berliner Hotels, eine (dunkelhäutige) Aushilfskellnerin deshalb nicht einzustellen, weil deren Haar „zu kleinen Zöpfchen frisiert war“, s. dazu Kleffner, Frankfurter Rundschau vom 24.9.1997, „Haarspaltereien um ein paar Zöpfchen“, S. 5 (zit. bei Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 52).

2. Relativitätsproblem und Unsichtbarkeit von Unterschieden

Das genannte Konzept, auch als Gleichheit in Form von „*consistency*“⁷⁰ (im Sinne von „folgerichtigem“⁷¹ oder „konsistentem“⁷² Handeln) verstanden, ist zudem aufgrund seiner Relativität stark eingeschränkt. Es gebietet lediglich, Gleiches gleich zu behandeln und sieht daher keinerlei Unterschied darin, Gleiches gleich schlecht oder aber gleich gut zu behandeln⁷³. Demzufolge ist ein sog. *levelling down* durchaus erlaubt bzw. möglich: Die ursprünglich bevorzugte Gruppe hat Verschlechterungen zu ihren Ungunsten hinzunehmen, solange damit nur eine gleich schlechte Behandlung im Verhältnis zur ursprünglich benachteiligten Gruppe erreicht wird. Ein Anspruch auf eine Ausweitung des Vorteils (auch) auf die andere Gruppe (sog. *levelling up*) besteht gerade nicht⁷⁴. Bekannt geworden ist insbesondere der US-amerikanische Fall zu Beginn der siebziger Jahre, als Mississippi die Schwimmbäder der Stadt nicht wie verlangt auch Schwarzen öffnete, sondern sämtliche Schwimmbäder schloss und somit auch Weißen die (ihnen vorher zustehende) Möglichkeit der Nutzung nahm, ohne dies als eine Verletzung des Gleichheitsprinzips aufzufassen⁷⁵. Aber auch innerhalb Europas sind ähnlich gelagerte Fälle bekannt: So wurde beispielsweise in Großbritannien der zugunsten von Frauen bestehende besondere Gesundheitsschutz nicht auch auf Männer erstreckt, sondern schlichtweg ganzheitlich abgeschafft, nachdem ein möglicher Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip im Raum gestanden hatte⁷⁶.

Im Rahmen eines so ausgestalteten Antidiskriminierungsrechts können auch Maßnahmen nicht gerechtfertigt werden, die helfen sollen, (auf bestehender Diskriminierung beruhende) Ungleichheiten zu überwinden. Gleichheit als „Konsistenz“ umfasst nicht das Recht, dass Menschen ihren *Unterschieden* gemäß behandelt werden. Problematisch sind daher zum einen Maßnahmen, die nur zugunsten

⁷⁰ Fredman, Discrimination Law, S. 7.

⁷¹ So der Übersetzungsvorschlag von Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 3.

⁷² Vgl. den Ausdruck bei Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 52.

⁷³ Dazu auch Barnard/Hepple, CLJ 2000, 562 (563 f.).

⁷⁴ Ellis, EU-Antidiscrimination Law, S. 5, Barnard/Hepple, CLJ 2000, 562 (563).

⁷⁵ So die Entscheidung *Palmer v. Thompson*, 403 US 217 (1971), 91 S Ct 1940 : „*The closing of the pools to all persons did not constitute a denial of equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment to the Negroes*”.

⁷⁶ Vgl. Fredman, Discrimination Law, S. 8.

bestimmter Gruppen getroffen werden sollen, wie beispielsweise zugunsten von Müttern oder Ausländern, da damit die (unerlaubte) Anknüpfung an ein missbilligtes Merkmal – in diesem Fall Geschlecht bzw. Rasse oder ethnische Herkunft – verbunden ist⁷⁷. Zum anderen fehlen befriedigende Lösungen für diejenigen Fälle, in denen beispielsweise eine Frau geringwertigere Arbeit verrichtet als ein (vergleichbarer) Mann: Denn hier mag es zwar gerechtfertigt sein, sie auch geringer zu bezahlen, doch trifft das formale Gleichbehandlungsprinzip keinerlei Aussage darüber, dass bzw. inwiefern die Bezahlung im Verhältnis stehen muss zu dem Wertunterschied, der zwischen den beiden Tätigkeiten besteht⁷⁸. Antidiskriminierungsrecht, verstanden als Gleichheit im Sinne von symmetrischem Handeln, tendiert dazu, bezüglich bestimmter Differenzen in jeglicher Hinsicht „blind“ zu sein und damit Unterschiede auch dort unsichtbar zu machen, wo ihre Berücksichtigung angebracht wäre⁷⁹.

3. Die Geeignetheit der Vergleichsperson

Im Rahmen des auf prozedurale Gerechtigkeit beschränkten Prinzips setzt das Recht auf Gleichbehandlung das Vorhandensein bzw. die Identifizierung einer geeigneten Vergleichsperson voraus, die eine bessere Behandlung erfahren hat, aber beispielsweise dem anderen Geschlecht oder einer anderen Rasse angehört. Nicht nur die (im Gemeinschaftsrecht bekannt gewordenen) Fälle, in denen beispielsweise die Situation einer Frau mit weiblicher Lebenspartnerin mit der eines Mannes mit männlichem anstatt mit weiblichem Lebenspartner verglichen und eine Diskriminierung auf dieser Grundlage daher verneint wurde⁸⁰, deuten auf die Gefahr willkürlich getroffener Entscheidungen hin. Erhebliche Schwierigkeiten treten insbesondere auch im Bereich der Schwangerschaft auf, wo es schlichtweg an einer geeigneten männlichen Vergleichsperson fehlt und dementsprechend – folgt man einem rein formalen

⁷⁷ *Bell/Waddington*, GDLRI 2003, 373 (377).

⁷⁸ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 10. *Barnard/Hepple*, CLJ 2000, 562 (563 f.). Vgl. auch *Rebhahn-Rebhahn*, § 2, Rn. 8, § 3 Rn. 105 ff.

⁷⁹ *Schiek/Waddington/Bell*, in *Schiek/Waddington/Bell*, *Non-Discrimination Law*, S. 31, *Ellis*, *EU-Antidiscrimination Law*, S. 6.

⁸⁰ EuGH Rs. C-249/96 (*Grant*), Slg. 1998, I-621.

Gleichheitskonzept – Gleichheitsrechte zugunsten der Frau schon gar nicht zur Entstehung gelangen können⁸¹. Die Unangemessenheit eines vergleichenden Ansatzes hat den EuGH in diesem Bereich dazu veranlasst, von der Voraussetzung der Erforderlichkeit einer Vergleichsperson Abstand zu nehmen und das Konzept der Gleichheit neu zu formulieren. So lehnte der Gerichtshof insbesondere auch den Versuch ab, einen Vergleich zwischen einer schwangeren Frau und einem kranken Mann zu ziehen und stellte stattdessen fest, dass die Weigerung, eine Frau aufgrund von Schwangerschaft einzustellen, schon deshalb (direkt) diskriminierend sei, weil nur Frauen aus diesem Grund schlechter behandelt werden können⁸².

Probleme stellen sich auch im Bereich anderer potentieller Diskriminierungsmerkmale. Insbesondere Minderheiten – man denke an Juden oder Moslems – wird es nur selten gelingen, in den Fällen eine geeignete Vergleichsperson zu finden, in denen ihnen beispielsweise Urlaubsansprüche, die eine Teilnahme an religiösen Feierlichkeiten ermöglichen sollen, nicht gewährt werden: Personen, die keine Anhänger des muslimischen oder jüdischen Glaubens sind, werden kaum eine Freistellung von der Arbeit für den samstäglichen Sabbat beantragen oder dafür, um zu bestimmten Zeiten beten zu können⁸³. In diesem Zusammenhang ist daher auch die Kritik laut geworden, dass man Minderheiten eine Wahl lasse, die im Grunde keine ist: „Möchten sie zur Gemeinschaft gehören und wie der Rest der Gemeinschaft behandelt werden, sollten sie auch wie diese denken und leben; bestehen sie jedoch darauf, ihre eigene Kultur zu bewahren, sollten sie sich nicht beschweren, wenn sie anders behandelt werden“⁸⁴.

⁸¹ *Barnard/Hepple*, CLJ 2000, 562 (563).

⁸² EuGH Rs. C-177/88 (Dekker), Slg. 1990, I-3941. Allerdings hat der EuGH noch im selben Jahr angenommen, dass eine Frau für den Fall, dass schwangerschaftsbedingte Krankheiten nach dem Mutterschutz andauern, die Verletzung des Gleichheitsprinzips nur dann beweisen kann, wenn sie zeigen kann, dass sie schlechter behandelt worden ist, als ein kranker Mann behandelt worden wäre; mit der Begründung, dass in diesem Fall kein Unterschied zu der Krankheit eines Mannes bestehe, hat sich der Gerichtshof daher nicht vollständig von der Erforderlichkeit einer geeigneten Vergleichsperson entfernt, vgl. EuGH Rs. C-179/88 (Hertz), Slg. I-3979; siehe dazu die Kritik bei *Fredman*, ILJ 1992, 119 (122).

⁸³ Vgl. *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 98; aus der Rechtsprechung: Ahmad/Vereinigtes Königreich, Beschwerde-Nr. 8160/70 vom 12. März 1981 (deutsche Übersetzung in EuGRZ 1981, S. 326 ff.).

⁸⁴ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 10 unter Bezugnahme auf *Parekh*, in Blackstone/Parekh/Sanders, *Race Relations in Britain*, S. 2.

Mit anderen Worten: Ein der ethnischen Minderheit Angehöriger hat sich an Standards anzupassen, die von den Angehörigen der ethnischen Mehrheit als „neutral“ bezeichnet bzw. gewertet werden⁸⁵ und erfährt nur dann rechtlichen Schutz, wenn er in *dieser* Situation Diskriminierungen ausgesetzt ist⁸⁶. Und als „neutral“ wird häufig eben das bezeichnet, was den herrschenden Standards entspricht: So wird beispielsweise Geschlechtsneutralität grundsätzlich mit männlichen Standards gleichgesetzt, was insbesondere in der feministischen Literatur scharfe Kritik erfahren hat⁸⁷. Der Versuch des formellen Antidiskriminierungsrechts, den Einzelnen zu „abstrahieren“, d.h. aus seinem kulturellen, religiösen, ethnischen usw. Kontext zu „reißen“, bedeutet schlichtweg, ihn mit den Eigenschaften der Mehrheitskultur, der Mehrheitsreligion, usw. zu versehen.⁸⁸ Damit werden (das vorwiegend im Geschlechterverhältnis thematisierte Problem der) „Angleichung“ bzw. (das im Rahmen anderer Ungleichheiten diskutierte Problem der) „Assimilierung“ zur Voraussetzung eines Anspruchs auf Gleichbehandlung gemacht⁸⁹. Es geht um Anpassung, und nicht etwa um die Aufrechterhaltung – und schon gar nicht um die Herstellung – von Diversität⁹⁰ in einer farben-, geschlechts- und religionsblinden Gesellschaft, in der Unterschiede nicht als Wert an sich betrachtet werden⁹¹.

4. Individuelle Rechtsdurchsetzung und differenzierte Gleichheit

Seinem Ziel entsprechend, Gerechtigkeit im Einzelfall zu erreichen, rückt symmetrisch konzipiertes Antidiskriminierungsrecht vor allem den Einzelnen ins Blickfeld. Das ihm innewohnende Gebot, gruppenbezogene Merkmale niemals zu berücksichtigen, führt wie gesehen dazu, dass sämtliche Aspekte einer Gruppen-

⁸⁵ Ähnlich Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn 48, die feststellt, dass hier „die Assimilierung ethnischer Minderheiten zur Voraussetzung der Mitgliedschaft in einer (nationalen) Gesellschaft“ gemacht wird.

⁸⁶ Schiek/Waddington/Bell, in Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, S. 31.

⁸⁷ Vgl. Fredman, Discrimination Law, S. 9, *dies.*, ILJ 1992, 119 (120).

⁸⁸ Fredman, Discrimination Law, S. 10, Ellis, EU Anti-Discrimination Law, S. 6.

⁸⁹ Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 46 und 54.

⁹⁰ Vgl. Parekh, Rethinking Multiculturalism, S. 240, der kritisiert, die Idee der Gleichheit würde dann zu einem „ideological device to mould humankind in a certain direction“.

⁹¹ Schiek/Waddington/Bell, in Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, S. 31.

zugehörigkeit und damit auch der für die Identität des Einzelnen so bedeutende Aspekt seines kulturellen, religiösen, ethnischen usw. Hintergrunds ignoriert werden. Da es auf die allgemeinen Auswirkungen, die Entscheidungsprozesse auf bestimmte Gruppen haben können, nicht ankommt, ist die Anwendung eines in diesem Sinne individualistisch geprägten Antidiskriminierungsrechts von weitreichenden Untersuchungen und Beurteilungen komplexer gesellschaftlich-wirtschaftlicher Situationen unabhängig⁹². Die gesellschaftlichen Dimensionen, die die verschiedenen Diskriminierungsformen annehmen können, werden nicht hinreichend wahrgenommen, denn Diskriminierung erschöpft sich nach dieser Auffassung in der zwangsweisen Zuordnung zu einer Gruppe⁹³.

Im Mittelpunkt eines individualistischen Verständnisses des Antidiskriminierungsrechts steht konsequenterweise die individuelle Rechtsdurchsetzung mit dem Ziel, individuelle Handlungen zu sanktionieren und (einzelne) Opfer zu kompensieren: Es soll immer nur derjenige zur Verantwortung gezogen werden können, der sich eines individuellen Fehlverhaltens schuldig gemacht hat. Die Forderung, eine Person entsprechend ihrer Verdienste und nicht aufgrund negativer stereotyper Annahmen zu beurteilen, findet ihre Entsprechung in dem Prinzip, dass der Einzelne nur für sein eigenes Fehlverhalten verantwortlich ist und ihm gesellschaftliches Fehlverhalten nicht zur Last gelegt werden soll⁹⁴. Dies erweist sich insofern als problematisch, als Benachteiligung häufig durch ein Miteinander von Gründen und Umständen verursacht wird und ein einzelner „Täter“ nur schwer auszumachen sein wird. Die Tatsache, dass Rassismus und andere Formen von Diskriminierung oft tief in den Strukturen der Gesellschaft verankert sind und weit über persönliches Fehlverhalten hinausgehen, findet hier zu wenig Beachtung⁹⁵. Ein zentraler Schwachpunkt dieses Modells liegt außerdem in seiner Abhängigkeit von der Initiative des Einzelnen, was sich wiederum bei denjenigen Formen von Diskriminierung als problematisch erweist, die auf kollektiven Vorurteilszuschreibungen beruhen. Dies trifft auf Merkmale wie Rasse und ethnische Herkunft genauso zu wie beispielsweise auf Behinderung, Geschlecht oder

⁹² *Mc Crudden*, in Loenen/Rodrigues, Non-Discrimination Law, S. 299.

⁹³ So *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 39.

⁹⁴ *Fredman*, Discrimination Law, S. 127.

⁹⁵ S. zur Kritik insbesondere *Fredman*, Discrimination Law, S. 11, 128 f.; auch *Ellis*, EU-Anti-discrimination Law, S. 6.

Alter⁹⁶. Verbunden ist damit zudem die Beschränkung auf die Bewertung (individuellen) *vergangenen* Fehlverhaltens: Das Recht ist „reaktiv“ oder „reparierend“ in dem Sinne, als dass es erst im Nachhinein reagiert, anstatt von vornherein ein besonderes Augenmerk auf die Vermeidung von Diskriminierungen zu legen und diskriminierende Strukturen auszumachen⁹⁷.

Dem Hauptziel eines individualistisch orientierten Diskriminierungsrechts entsprechend, dem Individuum bzw. seiner konkret betroffenen Persönlichkeit Schutz zu gewähren, konkretisieren Diskriminierungsverbote in diesem Sinne die Persönlichkeitsgarantie und insbesondere deren engsten Kerngehalt, die Menschenwürde⁹⁸: Hauptfunktion symmetrisch konzipierten Diskriminierungsschutzes ist demnach der Schutz der Menschenwürde als Kern der Individualität des Einzelnen⁹⁹. Da Diskriminierungen in erster Linie als persönlichkeitsverletzende Benachteiligungen erfasst werden¹⁰⁰, wird allem voran nach einem Verbot der *unmittelbaren* Diskriminierung¹⁰¹ – das Gleichheit eher als Zweck an sich, als als Mittel zu anderen Zwecken, wie zum Abbau von Ungleichbehandlungen oder einem *Mehr* an Anerkennung der Würde des Einzelnen behandelt – verlangt. Auch die Einordnung der Belästigung als Diskriminierung entspricht einem Diskriminierungsschutz, der auf die Zuerkennung gleicher Würde zurückgeführt werden kann¹⁰². Dagegen bleiben Formen mittelbarer sowie positiver Diskriminierung außer Betracht: Der Schutz vor mittelbarer Diskriminierung setzt sich weiterreichende Ziele als die bloße Gleichbehandlung, und „positive Diskriminierung“ ist aus Sicht des formellen Gleichheitskonzepts deshalb abzulehnen, da Diskriminierung nicht nur dann ungerecht ist, wenn sie eine bereits benachteiligte Gruppe zusätzlich belastet, sondern auch dann, wenn Nachteile zulasten einer zunächst bevorzugten Gruppe verteilt werden¹⁰³.

⁹⁶ *Bell/Waddington*, GDLRI 2003, 373 (378).

⁹⁷ Vgl. Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 57.

⁹⁸ *Salzwedel*, in FS Jahrreiß, S. 347.

⁹⁹ *Neuner*, JZ 2003, 57 (58), Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 43; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 105.

¹⁰⁰ *Salzwedel*, in FS Jahrreiß, S. 346, 353.

¹⁰¹ Zu dieser und den nachfolgend erwähnten Diskriminierungsformen Teil 4, B, I.

¹⁰² Kritisch zur Subsumtion von (sexueller) Diskriminierung unter das Prinzip der Menschenwürde *Baer*, Würde oder Gleichheit, S. 190 ff., insbes. S. 204.

¹⁰³ *Fredman*, Discrimination Law, S. 126 ff.

Im Rahmen eines formellen Gleichheitsansatzes wird Ungleichbehandlung daher als eine Ausnahme von der Annahme der Gleichheit formuliert und damit auch nur ausnahmsweise zugelassen. Damit *erlaubt* der formelle Ansatz bevorzugende Behandlungen, er *verlangt* sie aber nicht¹⁰⁴: Formale Gleichbehandlung „kann eine Forderung differenzierter Gleichheit sein, muss es aber nicht“¹⁰⁵.

Gleichbehandlung reicht in vielen Fällen nicht aus, um Gleichheit herzustellen, sondern führt im Gegenteil dazu, Ungleichheit aufrechtzuerhalten oder gar zu bekräftigen¹⁰⁶. Dies wird an dem Beispiel des Rechts blinder Personen auf gleichen Zugang zu Bildungsstätten deutlich: Es ist offensichtlich, dass beispielsweise eine Universität, die Menschen mit Behinderungen den Zugang verweigert, deren Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Das formell konzipierte Recht bleibt jedoch in den Fällen eine Antwort schuldig, in denen in Vorlesungen visuelle Materialien verwendet werden, ohne entsprechende Maßnahmen für blinde Studenten zu treffen. In solchen und ähnlichen Fällen wird deutlich, dass Gleichbehandlung allein – verstanden als das Nichtvorhandensein von Diskriminierung¹⁰⁷ – keine allgemeine Gleichheit (hier: im Sinne eines gleichen Rechts zur Bildung) herzustellen imstande ist¹⁰⁸. Um tatsächliche Gleichheit zu erreichen, können eben auch Ungleichbehandlungen notwendig sein.

¹⁰⁴ Wentholt, in Loenen/Rodrigues, Non-Discrimination Law, S. 7 (Hervorhebungen im Original).

¹⁰⁵ Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 22.

¹⁰⁶ Gern zitiert wird an dieser Stelle immer wieder der berühmte Ausspruch von *Anatole France*, *Le lys rouge*, S. 106, wonach es „das Gesetz in seiner erhabenen Gleichheit Reichen wie Armen verbietet, unter den Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen.“ (vgl. deutsche Übersetzung, *Die rote Lilie*, S.11). Kritisch Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 46 ff.

¹⁰⁷ Es ist deshalb äußerst problematisch, dass lediglich die Richtlinie 2002/73/EG festlegt, dass „der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen *beinhaltet*, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung stattfindet“ (vgl. Art. 2 Abs. 1), während alle anderen Richtlinien (2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG) folgenden Wortlaut haben: „Im Sinne dieser Richtlinie *bedeutet* Gleichbehandlungsgrundsatz, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung (...) geben darf“; hier wird das Ziel der Richtlinien gemäß eines rein formalen Verständnisses auf das Nichtvorhandensein von Diskriminierungen beschränkt, und (anders als in der Richtlinie 2002/73/EG) das Nichtvorhandensein von Diskriminierung nicht als *ein Instrument* zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen. Die Sprachfassungen der Richtlinien sind allerdings nicht einheitlich; so heißt es beispielsweise in der italienischen Fassung der Richtlinie 2000/43/EG „*comporta*“ („beinhaltet“) und nicht „*significa*“ („bedeutet“). Dazu *De Simone*, LD 2004, 527 (530 f.), *Chieco*, RIDL 2002, 75 (77), *Ballestrero*, LD 2004, 501 (516 ff.), *Maffei*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 401 (412 ff.).

¹⁰⁸ Vgl. weitere Beispiele bei Wentholt, in Loenen/Rodrigues, Non-Discrimination Law, S. 57 f.

II. Gleichheit als gruppenbezogene Gerechtigkeit

Aufgrund der dem rein individualistisch ausgeprägten Antidiskriminierungsrecht innewohnenden Mängel und insbesondere der Erfolglosigkeit des Versuchs, als individuelles Problem zu lösen, was ein kollektives Problem darstellt, ist dieses um Konzeptionen gruppenbezogener Gleichheit ergänzt worden¹⁰⁹. Es geht dabei nicht mehr so sehr um die vorurteilsbehaftete Bewertung des Einzelnen aufgrund eines – wie man häufig lesen und hören kann – „verpönten“¹¹⁰ Merkmals oder „Risikofaktors“¹¹¹, als vielmehr um eine Betonung des Gruppenbezugs der Diskriminierung. Über die bloße Gleichbehandlung hinaus wird auch das Ziel der Beseitigung bzw. des Ausgleichs bestehender, durch historische Entwicklungen bedingter Nachteile durch Staat und Recht verfolgt. Unterschieden werden dabei grundsätzlich zwei Arten von Gleichheit: Gleichheit im Ergebnis (teilweise spricht man auch von Gleichheit als Ausgleich¹¹² oder Gleichheit der Folgen¹¹³) und Gleichheit der Chancen¹¹⁴.

Beide Gleichheitsformen hängen dem Prinzip der sogenannten materiellen bzw. substantiellen Gleichheit¹¹⁵ an. Sie bauen darauf auf, dass Diskriminierungen zum Großteil auf gruppenbezogenen Vorurteilen und Zuschreibungen beruhen und orientieren sich daran, wie Handlungen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit faktisch wirken. Dementsprechend ist ihnen ein Antidiskriminierungsrecht eigen, das die gesellschaftliche Realität ins Blickfeld rückt¹¹⁶ und dabei das Wirken seiner Gebote bzw. die Auswirkungen nachteiliger Behandlung untersucht. Die genannten Konzepte beschränken sich also nicht darauf, prozedurale Gerechtigkeit im Sinne von *consistency* bzw. „Folgerichtigkeit“ zu gewährleisten. Ihr Antidiskriminierungsrecht ist vielmehr

¹⁰⁹ S. auch Schiek, ELJ 2002, 290 (302 ff.), Bell/Waddington, ELR 2003, 349 (353 ff.).

¹¹⁰ Kritisch hinsichtlich dieses Adjektivs Rust/Falke-Rust, AGG, Einl., Rn. 2, die stattdessen vorschlägt, von „verdächtigen“, „geschützten“ oder „diskriminierungsverdächtigen“ Merkmalen zu sprechen.

¹¹¹ Dieser Begriff findet sich häufig in der italienischen Literatur, vgl. bspw. Barbera, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. XIX ff.

¹¹² Rebhahn-Rebhahn, GIBG, Einl., Rn. 31, § 2, Rn. 3.

¹¹³ Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 10.

¹¹⁴ Zur gruppenbezogenen Gleichheit aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts s. ausführlich Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 312 ff.

¹¹⁵ Vgl. dazu Barnard/Hepple, CLJ 2000, 562 (564 ff.). Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 3 ordnet diese beiden Konzepte der „Gleichstellung“ zu.

¹¹⁶ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 59, Fenwick/Hervey, CMLR 1995, 443 (445 f.).

asymmetrisch konzipiert¹¹⁷ und trägt der Tatsache Rechnung, dass Diskriminierung mit sozialer Benachteiligung verbunden ist; deshalb werden (in unterschiedlichem Ausmaß) auch positive Maßnahmen zugunsten derjenigen zugelassen, zu deren Nachteil Diskriminierung wirkt. Im Gegensatz zum symmetrisch konzipierten Antidiskriminierungsrecht, das primär nach gleichen Verhaltensregeln verlangt, sind erforderliche und angemessene Ungleichbehandlung zugunsten der bisher benachteiligten Gruppe erlaubt¹¹⁸. Bevorzugende Behandlungen werden nicht mehr wie im Rahmen des formellen Gleichheitsmodells als Ausnahme des Gleichheitsprinzips angesehen, sondern vielmehr als Ausgestaltung der Diskriminierungsverbote und damit als notwendiger Teil zur Verwirklichung eines substantiellen Gleichheitskonzepts.

1. Das Konzept der Ergebnisgleichheit und seine Ausprägungen

Das Konzept der Ergebnisgleichheit legt das Augenmerk auf die Folgen von Entscheidungsprozessen für bestimmte Gruppen und verlangt deren Gleichbehandlung im Ergebnis, d.h. ihre proportionale Berücksichtigung. Ergebnisgleichheit ist daher eindeutig gruppenbezogen. Dieses auch mit Gleichheit als „Ausgleich“ umschriebene Konzept beruht auf der Erkenntnis, dass aufgrund von vergangener oder anhaltender Diskriminierung trotz Gleichbehandlung Ungleichheit hervorgerufen oder aber bekräftigt¹¹⁹ und das Ziel substantieller Gleichheit verfehlt werden kann, wenn die Ergebnisse ungleich sind¹²⁰. Häufig wird (ein Mindestmaß an) Ergebnisgleichheit deshalb auch als einzige Möglichkeit für die Realisierung von Chancen- oder Ressourcengleichheit¹²¹, und Ergebnisungleichheit als Indiz für andere Formen von Ungleichheit betrachtet¹²². Mit dem Ziel der Herstellung einer faktisch gleichen Lage lässt dieser Ansatz im Gegensatz zum Konzept der reinen Gleichbehandlung auch

¹¹⁷ Vgl. *Schiek*, ELJ 2002, 290 (307 f.).

¹¹⁸ *Schiek-Schiek*, AGG, Einl., Rn. 54.

¹¹⁹ Siehe dazu die Beispiele bei *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 11.

¹²⁰ *Barnard/Hepple*, CLJ 2000, 562 (564).

¹²¹ Dazu sogleich unter 2.

¹²² *Rudolf/Mahlmann-Mahlmann*, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 26.

Ungleichbehandlungen zu, um Ungleichverteilungen zu korrigieren bzw. Vorteile gerechter zu verteilen.

Das Konzept sieht sich allerdings insofern Vorwürfen ausgesetzt, als es Gefahr läuft, mit dem Prinzip des eigenverantwortlichen Handelns – wonach jeder für sich selbst die Folgen seines Handelns schafft, die von den Entscheidungen Dritter gerade unabhängig sind bzw. sein sollen – zu kollidieren¹²³. Deutlich wird dies insbesondere bei der stärksten (und zugleich umstrittensten) Ausprägung von Ergebnisgleichheit. Diese verlangt, dass die betroffenen Gruppen in einer Kategorie im Verhältnis zu ihrer Quantität repräsentiert werden: Es geht um eine „gleiche Verteilung in der Grund- und Zielgesamtheit“¹²⁴. Im Blickfeld ist damit nicht mehr (nur) die Beseitigung diskriminierender Faktoren, sondern das Erreichen eines gleichen Ergebnisses auf egal welchem Wege, falls notwendig auch durch bevorzugende Behandlung der potentiell diskriminierten Gruppen. Begründet wird dies damit, dass Vorurteile und Diskriminierungen in der Vergangenheit Nachteile zulasten bestimmter Gruppen verursacht haben, für die nun entschädigt werden soll¹²⁵. Zugelassen und gefordert werden in diesem Rahmen deshalb auch positive Maßnahmen, d.h. all die Mittel der Gegensteuerung gegen soziale oder strukturelle Diskriminierung, die der Bevorzugung derjenigen dienen sollen, zu deren Ungunsten solche Diskriminierung wirkt. Zielvorgaben und Quotenregelungen als gruppenbezogene Antidiskriminierungsstrategien sind allerdings nicht immer notwendige Voraussetzung von Ergebnisgleichheit; auch andere Mittel, wie beispielsweise Unterstützung oder Ausbildung können zur Erreichung dieses Ziels beitragen¹²⁶.

Nach einer schwächeren Ausprägung dieses Gleichheitskonzepts geht es nicht so sehr darum, ein Ergebnis vorzuschreiben, als vielmehr das Vorhandensein von Zugangshindernissen aufzuzeigen. Dieser Ansatz geht davon aus, dass das fehlende Vorhandensein einer Gruppe in einer Kategorie ein Zeichen dafür ist, dass Diskriminierung stattfindet. Dies ist allerdings nur eine Vermutung: Können Ausschlusskriterien bzw. Hindernisse nicht tatsächlich bewiesen werden, nimmt man

¹²³ Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 25.

¹²⁴ Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 10 unter Hinweis auf die Probleme bei Bestimmung der Grundgesamtheit.

¹²⁵ Barnard/Hepple, CLJ 2000, 562 (564 f.).

¹²⁶ Vgl. Fredman, Discrimination Law, S. 13.

an, dass die Ungleichverteilung durch andere (nicht diskriminierende) Faktoren bedingt ist und schließt eine Diskriminierung aus. Existieren hingegen solche diskriminierenden Kriterien, sind sie dennoch einer Rechtfertigung wie beispielsweise durch beruflich bedingte Bedürfnisse zugänglich¹²⁷.

Das reine Abstellen auf Gleichheit im Ergebnis kann insofern zu Missverständnissen führen, als dass positive Ergebnisse nicht immer ein Beweis für den wirklichen Abbau von Diskriminierungen sind: Vielmehr können sie auch durch Anpassung der diskriminierten Gruppe bedingt sein. Als häufiger (negativer) Nebeneffekt von Ergebnisgleichheit wird daher die Assimilation der Minderheit an die Verhaltensmuster der Mehrheit gesehen¹²⁸. Denn Ergebnisgleichheit stellt nicht darauf ab, *wie* das Ziel erreicht wird, sondern verlangt (nur), *dass* es erreicht wird. Da diskriminierende Strukturen somit nicht immer einer Überprüfung unterzogen werden, bedeutet eine quantitative Änderung nicht gleichzeitig auch eine qualitative Änderung¹²⁹.

2. Das Konzept der Chancengleichheit und seine Ausprägungen

Anstelle von Ergebnisgleichheit spricht man sich daher zunehmend zugunsten der sog. Chancengleichheit aus¹³⁰. Hierbei handelt es sich um ein Konzept, das zwischen dem formellen Konzept der Gleichbehandlung und dem Konzept der Ergebnisgleichheit anzusiedeln ist und das das Ziel verfolgt, Chancen anzugleichen, ohne jedoch in jedem Fall Gleichheit im Ergebnis garantieren zu wollen. Mit der Begründung, dass Ergebnisgleichheit das Recht auf individuelle Behandlung zu sehr einer utilitaristischen Betonung der Ergebnisse unterordnet, soll es hier wieder mehr um die Regeln, als um das Resultat gehen¹³¹.

¹²⁷ Näher *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 12, *Rebhahn-Rebhahn*, GIBG, § 2, Rn. 10 f.

¹²⁸ *Rebhahn-Rebhahn*, GIBG, § 2, Rn. 11.

¹²⁹ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 14. Auf die fehlende Aussagekraft von Ergebnisgleichheit in einigen Fällen verweist auch *Rudolf/Mahlmann-Mahlmann*, *Gleichbehandlungsrecht*, § 1, Rn. 26.

¹³⁰ Vgl. beispielsweise *Tesouro*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 1 (7 f.).

¹³¹ *Rebhahn-Rebhahn*, GIBG, § 2, Rn. 12.

Auch das Konzept der Chancengleichheit entsteht aus dem Bewusstsein, dass Gleichbehandlung vor dem Hintergrund von vergangener bzw. struktureller Diskriminierung Benachteiligungen aufrechterhalten kann und erlaubt deshalb einerseits Ungleichbehandlung, ist aber andererseits auch mit Ergebnisungleichheit vereinbar: Ungleichbehandlung kann sich als notwendig erweisen, um die Chancen der Einzelnen anzugleichen; sind diese einmal angeglichen, können unterschiedliche Fähigkeiten aber auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen¹³²; es geht also nicht darum, *a priori* garantieren zu wollen, dass auch das Ergebnis in jedem Fall gezielt gefördert wird¹³³. Der Einzelne soll nach seinen individuellen Möglichkeiten und Verdiensten unabhängig von Rasse, Geschlecht usw. beurteilt werden – damit reagiert das Konzept der Chancengleichheit auf das o.g. Prinzip eigenverantwortlichen Handelns¹³⁴ –, allerdings unter der Voraussetzung des gleichen Ausgangspunkts für alle. Denn wirkliche Gleichheit kann nicht erreicht werden, wenn die Ausgangspunkte unterschiedlich sind¹³⁵.

Keine Einigkeit besteht jedoch darüber, welche Maßnahmen zu treffen sind, um „Waffengleichheit“ im Konflikt herzustellen. Je nach Verständnis der Chancengleichheit werden deshalb unterschiedliche Maßnahmen diskutiert.

Eine schwächere Ausformung verlangt nur rein prozedurale Maßnahmen, die den Abbau von Hindernissen zur Förderung potentiell diskriminierter Gruppen betreffen. Es geht darum, rechtliche Hindernisse beim Zugang zur (jeweiligen) Startposition zu beseitigen¹³⁶. Beispielhaft genannt wird insbesondere die Transparenz von Entscheidungsvorgängen im Rahmen von Bewerbung und Einstellung anstelle von informellen Methoden wie Mund-zu-Mund-Propaganda. Allerdings bieten diese Grundlagen keine Garantie dafür, dass die benachteiligte Gruppe dann auch in die Lage

¹³² *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 2.

¹³³ Dazu auch *Hepple*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, 408 (412).

¹³⁴ *Rudolf/Mahlmann-Mahlmann*, *Gleichbehandlungsrecht*, § 1, Rn. 25.

¹³⁵ „*Using the graphic metaphor of competitors in a race, it is argued that true equality cannot be achieved if individuals begin the race from different starting points*“, so *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 14.

¹³⁶ Beispielhaft genannt werden kann hier BVerfG, NZA 2004, 33, wo die Unzulässigkeit von Zahlungspflichten des Arbeitgebers während einer Schwangerschaft festgestellt wird, da damit die Einstellung von Frauen unverhältnismäßig behindert wird. Dazu auch *Schiek*, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 40.

versetzt wird, diese Chancen real zu nutzen: Verfügen Menschen nicht über die dazu notwendigen Fähigkeiten oder das notwendige Wissen, bleibt Chancengleichheit lediglich „*a mute and passive possibility and not an opportunity*“¹³⁷. Rein prozedurale Maßnahmen sind daher ungenügend.

An das Verkennen der realen Bedingungen des Nutzens von Chancen knüpfen deshalb substantielle Ausformungen der Chancengleichheit bzw. spezielle Theorien der Gleichheit der Ressourcen und Fähigkeiten¹³⁸ an, die Chancengleichheit mit Rücksicht auf die gesellschaftliche Wirklichkeit verstehen wollen: Im Gegensatz zu einem rein formellen Verständnis verlangt substantielle Chancengleichheit nach Maßnahmen, die Personen aus allen Schichten der Gesellschaft gleiche Chancen garantieren, damit sie die Kriterien für den Zugang zu bestimmten Gütern auch wirklich erfüllen können. Der Zugang zum Start soll dementsprechend für bisher Benachteiligte auch durch positive Maßnahmen wie familienfreundliche Maßnahmen (z.B. Ganztagskindergärten oder flexible Arbeitszeiten) und spezifische Ausbildungsprogramme erleichtert werden, damit gleiche Rechte auch faktisch in Anspruch genommen werden können¹³⁹. Positive Maßnahmen werden damit (nur) dann für zulässig gehalten, wenn sie darauf abzielen, dass gleiche Chancen auch wirklich genutzt werden können, nicht aber, wenn es um die Behandlung von Menschen allein auf der Grundlage bestimmter Merkmale wie Rasse oder Geschlecht geht, um gleiche Ergebnisse zu erzielen¹⁴⁰. Teilweise verlangt man im Rahmen der Chancengleichheit im substantiellen Sinn auch nach der Überprüfung der Erforderlichkeit von Zugangsbedingungen zu einer Stelle. Dies wird damit begründet, dass auch bisher unangefochtene Verdienstkriterien vorhandene benachteiligende Strukturen widerspiegeln bzw. bekräftigen können, wenn sie auf Menschen angewendet werden, die gar keine Möglichkeit dazu hatten, sich „verdient“ zu machen. Die

¹³⁷ So umschrieben bei *Parekh*, *Rethinking Multiculturalism*, S. 241.

¹³⁸ Vgl. die Nachweise bei Rudolf-Mahlmann/*Mahlmann*, *Gleichbehandlungsrecht*, § 1, Rn. 25.

¹³⁹ Däubler/Bertzbach- *Blanke/Graue*, AGG, Einl., Rn. 234.

¹⁴⁰ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 130. Der EuGH hat in der Rechtssache Griesmar (EuGH Rs. C-366/99, Slg. 2001, I-9383) den positiven Maßnahmen auch insoweit Grenzen gesetzt – und im konkreten Fall die Verletzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit bejaht –, als es bei den zur Diskussion stehenden Maßnahmen nicht darum ging, Frauen „im Berufsleben zu helfen“, sondern sie sich darauf beschränkten, Frauen erst „zum Zeitpunkt ihrer Versetzung in den Ruhestand eine Verbesserung beim Dienstalster zu gewähren“.

Kriterien sollen daher auf eine Art und Weise Anwendung finden, dass Menschen aus allen Schichten die gleiche Chance haben, sie zu erfüllen¹⁴¹.

3. Gleichheit als positive Pflicht

Mittlerweile wird neben diesen drei Modellen – „formale“ Gleichheit, Ergebnisgleichheit und Chancengleichheit – ein viertes (bzw., folgt man einer Einteilung in individuelle und gruppenbezogenen Gerechtigkeit, ein drittes) Gleichheitsmodell vorgeschlagen: Unter Berufung auf die Ungeeignetheit der bisher vorgestellten Gleichheitskonzepte bzw. der darauf aufbauenden Antidiskriminierungsregelungen zur Lösung struktureller Probleme der Exklusion von Gruppen bewegt sich dieses hin zur positiven Verpflichtung zur Schaffung von Teilnahmerechten¹⁴². Es geht damit um die Förderung von Gleichheit durch Auferlegung positiver Pflichten und nicht mehr nur um die rein negative Anforderung, Diskriminierungen zu unterlassen.

Dieses auf angelsächsischem Vorbild beruhende sog. Antidiskriminierungsrecht der „Vierten Generation“¹⁴³ baut auf der Erkenntnis auf, dass Diskriminierung mehr ist als nur das Vorhandensein von Vorurteilen einzelner, auf die Recht im Nachhinein und meistens auf Einzelfälle beschränkt zu reagieren abzielt. Aus diesen Gründen spricht man sich für strukturelle Änderungen zur Förderung von Gleichheit durch integrationsfreundliche Umgestaltung von Prozessen aus. Demnach ist die wichtigste Antwort auf die als unzureichend erachtete bloß „reparierende“ oder „reaktive“ Struktur der individuellen Anspruchsdurchsetzung die Auferlegung positiver Pflichten, mit deren Hilfe Praktiken und Strukturen proaktiv durch diejenigen verändert werden sollen, die Umwandlungen auch tatsächlich herbeiführen können. Ins Auge gefasst werden dementsprechend insbesondere gruppenbezogene Integrationsmaßnahmen; auch deshalb

¹⁴¹ *Hepple*, Oxford Journal of Legal Studies, 1990, 408 (412 f.).

¹⁴² *Bell/Waddington*, ELR, 2003, 349 (357).

¹⁴³ Vgl. dazu *Hepple*, MLR 2004, 1 (13 ff.). Während das Antidiskriminierungsrecht der Ersten Generation noch keine individuellen Ansprüche garantiert, sondern nur eine administrative Durchsetzung der Gebote kennt, zeichnet sich die „Zweite Generation“ gerade durch eine solche individuelle Rechtsdurchsetzung aus. Der Fortschritt des Antidiskriminierungsrechts der Dritten Generation besteht darin, den einzelnen Akteuren Institutionen wie beispielsweise Gleichbehandlungsstellen zur Seite zu stellen. Siehe dazu *Schick/Waddington/Bell*, in *Schick/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, S. 32.

wird ein derartiges Antidiskriminierungsrecht überwiegend einem gruppenbezogenen Modell zugeschrieben¹⁴⁴. Es soll nicht mehr um individuelles Fehlverhalten und den (Einzel-)Täter einer Diskriminierung bzw. die Ansprüche einzelner Opfer gehen, sondern um einen Beitrag derjenigen, die zur Herbeiführung substantieller Gleichheit in der Lage sind, auch wenn sie nicht in erster Linie für Diskriminierungen verantwortlich sind¹⁴⁵. Damit derartige Pflichten zur Entstehung gelangen, müssen keine individuellen Vorurteile vorliegen, vielmehr gilt es, Formen von Unterrepräsentation oder andere Anzeichen struktureller Diskriminierung aufzuzeigen.

Antidiskriminierungsrecht der vierten Generation geht damit über das traditionelle „Befehls-Kontroll-Modell“ hinaus¹⁴⁶. Hauptziel ist nicht mehr die Entschädigung einzelner Opfer, sondern das Erreichen von Änderungen durch Begünstigung, Ausgleich oder strukturellen Wandel. Ermöglicht wird dies durch die dynamische Natur der aufgestellten Pflichten, die nach einem kontinuierlichen Prozess der Diagnostizierung des Problems verlangen: es sollen mögliche Antworten erarbeitet, Strategien hinsichtlich ihrer Effektivität überprüft und, falls sich dies als notwendig erweist, entsprechenden Änderungen unterzogen werden¹⁴⁷.

Im Rahmen des Konzepts von Gleichheit als positive Pflicht warnt man allerdings davor, es unmittelbar als Erfolg zu bewerten, wenn positive Pflichten zu einer Veränderung bzw. Verbesserung der Repräsentanz beispielsweise von Minderheiten oder Frauen führen, denn dies kann – wie im Rahmen der Ergebnisgleichheit – auch durch deren Anpassung an die Mehrheitsvorstellungen bedingt sein, und muss nicht unbedingt Folge einer tatsächlichen Umformung vorhandener Strukturen sein. Insbesondere bei Frauen in höheren beruflichen Positionen ist es nicht selten der Fall,

¹⁴⁴ *Bell/Waddington*, GDLRI 2003, 373 (383), die allerdings darauf hinweisen, dass dies unter anderem das Risiko mit sich bringt, den Einzelnen auf seine Zugehörigkeit zu *einer* Gruppe zu reduzieren und damit das Problem der sog. multiplen Diskriminierung (dazu näher unten Teil 4, B.I.3) nur ungenügend Berücksichtigung findet. Vgl. auch *Mc Crudden*, *The New Concept of Equality*, Conference Paper und *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 176 ff., *dies.*, ELJ 2006, 41 (49, 60).

¹⁴⁵ In Irland beispielsweise sind Arbeitgeber der öffentlichen Hand zur Aufstellung eines Gleichstellungs(förderungs)plans verpflichtet, dessen Effekte überprüft und dessen Ergebnisse publiziert werden müssen. In Deutschland kann in diesem Zusammenhang die Beschäftigungspflicht Schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter behinderter Menschen genannt werden, mit der ein Benachteiligungsverbot und ein Förderungsgebot verknüpft ist, vgl. § 81 Abs. 2, Abs. IV SGB IX.

¹⁴⁶ *Hepple*, MLR 2004, 1 (14), *Schiek*, MJ 2005, 427 (442).

¹⁴⁷ *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 176 ff.

dass sie nur deshalb „Karriere gemacht“ haben, weil sie auf Familie bzw. Kinder verzichtet haben¹⁴⁸. Die tatsächliche Effektivität positiver Pflichten hängt daher ganz entscheidend von der tatsächlichen Umgestaltung vorhandener Strukturen ab¹⁴⁹.

B. Notwendigkeit und Nutzen von Antidiskriminierungsrecht

I. Ziele privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes

Im Rahmen der Diskussionen um Erlass und Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien tauchte eine Frage immer wieder auf: Ist privatrechtlicher Schutz vor Diskriminierungen rechtspolitisch notwendig? Und wenn ja, was kann mit einem entsprechenden Gesetz überhaupt erreicht werden? Besteht nicht die Gefahr, dass es bei rein symbolischen Vorgaben bleiben wird¹⁵⁰?

Unumstritten ist, dass Antidiskriminierungsrecht ein nur „begrenztes Mandat“¹⁵¹ hat: Es ist nicht seine Aufgabe, den Menschen zu einem „guten Menschen“¹⁵² zu machen; Antidiskriminierungsrecht ist auch nicht in der Lage, soziale Probleme zu lösen und unmittelbar gesellschaftliche Änderungen herbeizuführen¹⁵³. Die Gesetzgebung kann zwar grundsätzlich als Mittel zur bewussten Gestaltung bzw. Planung des gesellschaftlichen Lebens eingesetzt werden; dies geschieht jedoch immer im

¹⁴⁸ Weitere Beispiele bei *Fredman*, ILJ 2001, 145 (165).

¹⁴⁹ Vgl. *Fredman*, ILJ 2001, 145 (165).

¹⁵⁰ Diese Frage stellte man sich teilweise schon im Hinblick auf die Antidiskriminierungsrichtlinien, vgl. *Dauses*, EuZW 2007, 129 ff. und (speziell in Bezug auf die Antirassismusrichtlinie) *Hepple*, MLR 2004, 1 (13 f.) Auch in der italienischen Literatur ist man skeptisch in Bezug auf die Effektivität von Antidiskriminierungsregelungen im Privatrecht, vgl. *Guariso*, in *Barbera*, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 579.

¹⁵¹ *Rudolf/Mahlmann-Mahlmann*, Gleichbehandlungsrecht, § 1 Rn. 43. *Ellis*, EU-Antidiscrimination Law, S. 1.

¹⁵² *Goldschmidt*, in *Loenen/Rodrigues*, Non-Discrimination-Law, S. 439.

¹⁵³ S. bspw. *Fredman*, *Discrimination Law*, S. 161 f.: „*This raises doubts about the role of law in effecting social change. Is law inevitably limited? Or can we refashion legal tools in such a way as to play a major part in achieving substantive equality?*“

Bewusstsein, dass „kein Gesetzgeber allmächtig ist“, denn die Umsetzung des Rechts hängt immer auch ganz entscheidend ab von den wirtschaftlichen Kräften und Ideologien, die in einer Gesellschaft wirken¹⁵⁴.

Will man die Funktionen von Antidiskriminierungsrecht realistisch einschätzen, muss man sich stets die Tatsache vor Augen halten, dass es eine wirksame Sozialpolitik und andere politische Maßnahmen nicht ersetzen kann. Unter Berücksichtigung dieser Grenzen erscheint es allerdings gerechtfertigt, auf einen Änderungsprozess „von unten“ zu hoffen¹⁵⁵: Antidiskriminierungsrecht kann zum Umdenken anregen und zur Abkehr von gesellschaftlichen Vorstellungen beitragen¹⁵⁶; es kann einen Beitrag dazu leisten, Diskriminierungen bewusst(er) zu machen bzw. diskriminierende Handlungen (effektiver) überprüfen und abbauen zu können¹⁵⁷. Es ist – zumindest auch – ein Mittel zur sozialen Integration.

Mit Antidiskriminierungsrecht wird auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene aber allem voran ein Zweck verfolgt: wirtschaftliche Effizienz¹⁵⁸. Insbesondere in Bezug auf die Integration von Frauen und von Ausländern in das Arbeitsleben werden Diskriminierungsverbote als Mittel zur ökonomischen Integration gesehen: Beschäftigungsquoten sollen erhöht, Arbeitskosten angeglichen und so die wirtschaftliche Entwicklung gefördert werden¹⁵⁹. Diskriminierungsschutzbestimmungen bedeuten nicht nur soziale Inklusion, sondern auch steigende Arbeitskraft und Produktivitätsgewinne; sie sind auf europäischer Ebene zum Teil einer in erster Linie ökonomischen Strategie geworden, die sich zum Ziel gesetzt hat, volkswirtschaftliche Effizienz zu steigern und Wirtschaftskreisläufe zu rationalisieren¹⁶⁰. Antidiskriminie-

¹⁵⁴ Vgl. Ross, *Direttive e norme*, S. 162.

¹⁵⁵ Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als „Frühwarnsystem“, so Kocher, KJ 2006, 356 (358).

¹⁵⁶ Ellis, EU-Antidiscrimination Law, S. 1, Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 16, Eichenhofer, DVBl 2004, 1078 (1084).

¹⁵⁷ Über ähnliche Erfahrungen in den (Diskriminierungsverboten Vorbild gebenden) Niederlanden: Havinga, International Journal of Sociology Law 2002, 75 (82 ff.).

¹⁵⁸ Dazu Somma, Pol. dir. 2008, S. 507 (523 ff.). A.A. Thüsing, RdA 2003, 257 ff.

¹⁵⁹ Caruso, Harvard International Law Journal, 2003, 331 (348) spricht insofern von „the logic of a seamless market“.

¹⁶⁰ Vgl. Fredman, ELJ 2006, S. 41 (45), Mahlmann/Rudolf-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 51 und 54, § 3, Rn. 19 ff. sowie Somma, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 1097 (1109, 1127 ff.).

rungsrecht wirkt damit als eines der Elemente, die die EU „in hohem Maße wettbewerbsfähig“ machen sollen¹⁶¹.

II. Der Markt als Alternative zur Antidiskriminierungsgesetzgebung?

Die aktuellen Diskussionen laufen Gefahr, Antidiskriminierungsrecht auf Effizienzüberlegungen zu reduzieren und nicht ausreichend die Werte im Auge zu behalten, die Effizienzsteigerungen überlagern¹⁶². Potentielle Diskriminierungsopfer verdienen Schutz *an sich*, um *ihrer selbst willen*, und nicht, weil sie dann in der Lage sind, einen größeren Beitrag zur Steigerung des gesellschaftlichen Wohlstands zu leisten. Obwohl durch die Realität belegt ist¹⁶³, dass sie eines entsprechenden Schutzes auch bedürfen, ist teilweise unter Verweis auf die im Großen und Ganzen „diskriminierungsfreie Gesellschaft“ von bloßen „Überbleibseln ideeller Benachteiligung“¹⁶⁴ die Rede.

Auch Teile der Vertreter der ökonomischen Analyse des Recht sind im Zusammenhang mit dem Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen im Zivilrecht der Auffassung, dass solche weder von Nutzen, geschweige denn notwendig sind – ganz nach dem Motto: „Wo es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen“¹⁶⁵.

¹⁶¹ Vgl. nunmehr Art. 3 Abs. 3 AEUV (ABl. 2008 C 115/1) in der Fassung des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 (ABl. 2007 C 306/1). Der Vertrag von Lissabon befindet sich allerdings noch im Ratifizierungsverfahren. Wegen des ablehnenden Referendums der Republik Irland musste das beabsichtigte Inkrafttreten zum 01. 01. 2009 auf einen unbestimmten Zeitpunkt verschoben werden.

¹⁶² Auf EU-Ebene war schon die Richtlinie 82/85/EG ein Beweis dafür, dass im Falle eines Konflikts zwischen Effizienzüberlegungen und sozialen Gesichtspunkten erstere den „Vorzug“ erhielten, dazu im Detail *Fredman*, ELJ 2006, 41 (45 ff.).

¹⁶³ Vgl. die von Rudolf/Mahlmann-Klose, Gleichbehandlungsrecht, § 10, Rn. 1 ff. dargelegten Sozialdaten sowie *Schiek*, in Loenen/Rodrigues, Non-Discrimination Law, S. 81, m.w.N.

¹⁶⁴ S. z.B. *Säcker*, ZG 2005, 154 (157). *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, S. 126 erwartet von der Antidiskriminierungsgesetzgebung genau das Gegenteil, nämlich dass die Augen geschärft werden „für ansonsten womöglich gar nicht wahrgenommene Unterschiede“. Vgl. a. *Picker*, Karlsruher Forum 2004, S. 7, 114 und *Adomeit*, HFR 2008, 92 (94), der „Diskriminierungen“ als bloße „Ärgernisse“ bezeichnet.

¹⁶⁵ *Montesquieu*, De l'esprit des lois.

Die Erhöhung von Effizienz in Form optimaler Ressourcenallokation¹⁶⁶ ist erklärtes Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts; dabei bedient sie sich ökonomischer Instrumente zur Untersuchung der Wirkungen und Folgen von Rechtsnormen in der gesellschaftlichen Realität¹⁶⁷. Zwar geht die ökonomische Analyse des Rechts davon aus, dass eine Gesellschaft mit effizientem Rechtssystem nicht unbedingt auch gerecht ist und dass Effizienzverluste zur Erreichung höherwertiger Ziele eventuell hinzunehmen sein können¹⁶⁸. Konkret in Bezug auf Diskriminierungen wird allerdings teilweise angenommen, dass diese in der Mehrzahl der Fälle¹⁶⁹ nicht effizient sind, bzw. durch die Marktkräfte verdrängt oder zumindest auf ein Minimum reduziert werden¹⁷⁰, weil sie (zu hohe) Effizienzverluste mit sich bringen¹⁷¹. Wo Diskriminierung dennoch vorhanden ist, wird sie als Beweis für den Nutzen auf beiden Seiten und daher als effizient (und rechtmäßig) betrachtet: grundsätzlich soll es demnach keine „effiziente Diskriminierung“ geben, die auch unrechtmäßig ist¹⁷².

Ohne auf eine grundsätzliche Einordnung und Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts eingehen zu können¹⁷³, gelten die genannten, von einigen ihrer Anhänger vertretenen Annahmen jedenfalls im hier betroffenen Problembereich als empirisch widerlegt. Das in dieser Hinsicht meist angeführte Beispiel entstammt dabei dem Arbeitsrecht und betrifft die Unterrepräsentanz von Frauen oder Angehörigen ethnischer Minderheiten in gesellschaftlichen Machtpositionen: kaum jemand mag Zweifel daran haben, dass es ineffizient ist, dem Arbeitsmarkt höchstqualifizierte Arbeitskräfte nur aufgrund ihres Geschlechts oder etwa ihrer ethnischen Herkunft vorzuenthalten. Ineffizienz dieser Art – hervorgerufen durch eine „irrationale“ (weil den Verzicht auf

¹⁶⁶ Posner, *Economic Analysis of Law*, S. 13.

¹⁶⁷ Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 1 f.

¹⁶⁸ Eine Gesellschaft wird dann als effizient angesehen, „wenn sie bei gegebener Vermögensverteilung einen Zustand herbeiführt, bei dem niemand mehr bessergestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird, wenn diejenigen Leistungen, die die Gesellschaftsmitglieder haben möchten und die bei knappen Ressourcen erstellt werden können, auch tatsächlich erbracht werden, wenn die Ressourcen am Ort ihrer sozial nützlichsten Verwendung eingesetzt werden“, vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 6.

¹⁶⁹ Als Beispiel für effiziente Diskriminierung wird immer wieder die Diskriminierung schwangerer Frauen durch Arbeitgeber genannt, vgl. nur Posner, *Economic Analysis of Law*, S. 366.

¹⁷⁰ Posner, *Economic Analysis of Law*, 2003, S. 682. Storne, *ERPL* 2007, 233 (248).

¹⁷¹ Vgl. statt aller Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 6 ff.

¹⁷² Zusammenfassend Schiek-Schiek, *AGG*, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 3.

¹⁷³ Dazu Somma, *Tecniche e valori*, S. 29 ff.

Profit nach sich ziehende) Vorliebe für Assoziation mit Gleichen¹⁷⁴ – zeigt, dass und weshalb Diskriminierung trotz Effizienzverlusten weiterbesteht: Bei der Entscheidung, einen Vertrag (nicht) abzuschließen, mögen Effizienzüberlegungen zwar häufig an erster Stelle stehen. Dies ist aber nicht immer der Fall, denn menschliches Handeln wird dadurch allein nicht bestimmt: Die (fehlende) Bereitschaft, mit anderen Personen ein Rechtsverhältnis einzugehen, kann durchaus auch von einer Reihe andersartiger Faktoren beeinflusst werden, die in kulturellen oder religiösen Einstellungen verwurzelt oder aber durch bloße Vorurteile bedingt sind, in deren Rahmen Effizienzüberlegungen keinerlei oder eine verhältnismäßig geringe Rolle spielen¹⁷⁵. Die Auffassung, dass sich Menschen *immer* nur daran orientieren, bewertet die Wirkungskraft von Effizienzüberlegungen im untersuchten Bereich über¹⁷⁶. Daher muss auch der Annahme widersprochen werden, Diskriminierung werde auf wettbewerbsgesteuerten Märkten verdrängt.

Daneben wird aber auch die Annahme, die Selbstregulierungsmechanismen des Marktes erzeugten „Bedürfnisgerechtigkeit“¹⁷⁷, der sozialen Realität nicht immer vollständig gerecht. Sie geht davon aus, dass sämtliche Bedürfnisse eines jeden Menschen auf dem Markt zum Ausdruck gebracht werden und dass Bedürfnisse, die nicht zum Ausdruck gebracht werden, nicht existieren. Auf diese Weise werden wohlhabenderen Menschen aber mehr Bedürfnisse unterstellt als armen Menschen¹⁷⁸. Dass die Bedürfnisse letzterer auf dem Markt nicht (mehr) zum Ausdruck gebracht werden, liegt aber nicht daran, dass sie nie vorhanden waren; dies ist vielmehr dadurch bedingt, dass sie es aufgegeben haben, bestimmte Bedürfnisse zum Ausdruck zu bringen. Eine Begründung für dieses Verhalten kann darin gesehen werden, dass der Mensch eher resigniert, als ununterbrochen nach etwas zu streben, das er sich nie beschaffen werden kann. Er zieht es vor, sich mit dem zufrieden zu geben, was für ihn

¹⁷⁴ Vgl. Schiek-Schiek, AGG, Vorbem. zu 19 ff., Rn. 3.

¹⁷⁵ Ein solches Diskriminierungskonzept ist deshalb auch als „verarmt“ bezeichnet worden, vgl. *Mc Crudden*, in Loenen/Rodrigues, Non-Discrimination Law, S. 298. So auch *Morozzo della Rocca*, Dir. fam. pers. 2002, 112 (117, Fn. 12).

¹⁷⁶ Vgl. Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 1, Rn. 50: „Menschliches Handeln erwächst aus vielen Motiven, manche davon, und vielleicht sogar die wirkungsmächtigsten, haben mit ökonomischer Effizienz nichts zu tun“.

¹⁷⁷ So *Canaris*, in FS Lerche, S. 885.

¹⁷⁸ Auf den Punkt gebracht bei Schiek-Schiek, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 6.

auch tatsächlich erreichbar ist. Es erscheint daher eine durchaus logische Schlussfolgerung, dass die zum Ausdruck gebrachten Bedürfnisse den bestehenden Gesetzen und Praktiken bzw. der Struktur des Marktes bereits inhärent sind¹⁷⁹: Menschen passen ihre Erwartungen an die Realität an und reduzieren ihre Bedürfnisse auf das Minimum, das nach Möglichkeit auch befriedigt werden kann¹⁸⁰.

Pro „Vertragsfreiheit in Verbindung mit Markt und Wettbewerb“ kann daher nicht angebracht werden, dass auf diese Weise *allen* Verbrauchern die Möglichkeit offen steht, ihre Bedürfnisse selbst zu definieren und über ihre Befriedigung selbst zu entscheiden. Marktmechanismen als eine wirksame Alternative zu begreifen, die die Leitvorstellungen des Antidiskriminierungsrechts „still und heimlich“ – ohne gesetzgeberische Eingriffe – zu verwirklichen geeignet und imstande sind¹⁸¹, übersieht, dass der Markt als unvollkommenes Steuerungsmittel auch und gerade zum Schutz vor Diskriminierungen der Ergänzung bzw. Korrektur durch staatliche Maßnahmen bedarf¹⁸².

Antidiskriminierungsrecht kann daher weder als entbehrlich, noch als überflüssig bezeichnet werden. Selbst wenn man Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung lediglich Symbolcharakter zuspricht, wäre es zu kurz gegriffen, entsprechende Regelungen als nur „gut gemeinte Nutzlosigkeit“ abzutun: Auch hinter einem symbolischen Gesetz steckt das Potential, durch Überzeugung und Kommunikation auf Veränderungen in der Mentalität – im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts auf ein „Mehr“ an Achtung des anderen – hinzuwirken¹⁸³ und damit einen entscheidenden Beitrag zu einer modernen Menschenrechtskultur zu leisten¹⁸⁴. Dass die damit einhergehende Gestaltung der Gesellschaft durch Regulierung immer dann besonders problematisch ist, wenn es nicht um eine Festschreibung bereits vorhandener sozialer Normen geht, sondern darum, neue soziale Normen zu implementieren, ist nicht neu¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Vgl. Schiek-Schiek, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 6 mit Bezugnahme auf die Thesen Sunsteins, *Social Philosophy and Policy*, 1991, 22 (31).

¹⁸⁰ Sen, *Equality re-examined*, S. 55.

¹⁸¹ So aber unter Verweis auf die „ausgeprägten egalitaristischen Effekte“ der Markt- und Wettbewerbswirtschaft Canaris, in FS Lerche, S. 885.

¹⁸² Vgl. allgemein auch Limbach, JuS 1985, 10 (11).

¹⁸³ Mc Crudden, in Loenen/Rodrigues, *Non-Discrimination Law*, S. 297.

¹⁸⁴ Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, *Gleichbehandlungsrecht*, § 1, Rn. 55 und 58.

¹⁸⁵ Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 55 nennt insbesondere das Umwelt- und das Kartellrecht.

Die Möglichkeiten neuer Regulierungsstrategien und der Erhaltung der Steuerfunktion des Rechts sollten nicht von vornherein abgetan werden.

C. Diskriminierungsschutz in der Privatrechtsgesellschaft

I. Vertragsrechtlicher Diskriminierungsschutz: Eine neue Dimension

Die Diskussionen um den Erlass von Antidiskriminierungsvorschriften (vor allem) im Zivilrecht drehen sich nicht nur um deren Notwendigkeit und Nutzen. Insbesondere in Deutschland ist im Rahmen des vielfach diskutierten Umsetzungsprozesses der EU-Richtlinien die Frage nach der Vereinbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mit dem bestehenden Vertragsrecht aufgeworfen worden¹⁸⁶.

Das umgesetzte gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht, das schließlich in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eingeflossen ist, wird durch die Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie), die Richtlinie 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf), die Richtlinie 2002/73/EG (Reformrichtlinie Gleichbehandlung Geschlecht in Beschäftigung und Beruf) sowie die Richtlinie 2004/113/EG (Genderrichtlinie Zivilrecht) verkörpert. Allgemein zivilrechtliche Rechtsverhältnisse sind damit nur durch die beiden Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG betroffen, die lediglich die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft sowie Geschlecht schützen.

Die Kritik, die in Deutschland laut geworden ist, richtet sich genau gegen diesen rechtspolitischen Ansatz –, nämlich die Auferlegung von Diskriminierungsverboten

¹⁸⁶ Im Folgenden geht es in erster Linie um die Diskussionen im Rahmen des aktuellen Umsetzungsprozesses, der in Deutschland heftige Debatten um die Vereinbarkeit des Prinzips der Vertragsfreiheit mit den neuen Antidiskriminierungsregeln im Vertragsrecht aufgeworfen hat. In Italien ist die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien hingegen ohne großes Aufheben vonstatten gegangen. Daher wird vorliegend in erster Linie auf deutsche Literatur Bezug genommen werden. Vgl. im Zusammenhang mit dem zivilrechtlichen Schutz vor Rassendiskriminierungen aber die kritischen Überlegungen von *Morozzo della Rocca*, Dir. fam. pers. 2002, S. 112 (116 ff.).

innerhalb zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse – der mit der Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung eines durch das Prinzip der Vertragsfreiheit gekennzeichneten „freiheitlichen Rechtsstaats“¹⁸⁷ nur schwerlich, wenn überhaupt, vereinbar sei¹⁸⁸. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, neben Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht auch außerhalb des Arbeitsrechts vor Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung, der Religion, des Alters und der sexuellen Identität zu schützen, hat diese Kritik noch verstärkt. In einem Deutschland, dem man vorwirft, „europäischer“ sein zu wollen als „Europa“¹⁸⁹ befürchtet man eine übermäßige Einschränkung der Vertragsfreiheit, teilweise sogar ihren „Tod“ und kritisiert die Einfügung „moralischer“ bzw. „ethischer“ Bestimmungen in das Vertragsrecht¹⁹⁰.

Im Rahmen dieser Diskussionen erscheint zunächst die Frage klärungsbedürftig, welche Form der Vertragsfreiheit im Rahmen des Diskriminierungsschutzes der „neuen Generation“ überhaupt betroffen ist: Wie bereits durch den Wortlaut der Richtlinie 2000/43/EG klar wird – ihr zivilrechtlicher Schutzbereich umfasst u.a. „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“¹⁹¹ –, geht es in erster Linie um die Abschlussfreiheit¹⁹².

Diese Dimension ist insofern als „neu“ bezeichnet worden¹⁹³, als sich die Diskussionen der letzten Jahrzehnte um eine „Materialisierung“ des Vertragsrechts¹⁹⁴

¹⁸⁷ *Adomeit*, NJW 2006, 2169 (2169) behauptet einen „tiefen Einbruch in den freiheitlichen Rechtsstaat“.

¹⁸⁸ „Unvereinbarkeit mit der geltenden Ordnung“, so *Picker*, JZ 2003, 540 (543 f.).

¹⁸⁹ Auch dieser Vorwurf stammt von *Picker*, JZ 2003, 540 (541 f.).

¹⁹⁰ Der Ausdruck vom „Gesinnungsrecht“ und die Bezeichnung der Antidiskriminierungsstelle als „Gesinnungspolizei“ finden sich bei *Adomeit*, NJW 2006, 2169 (2170). Von der „Verquickung von Recht und Moral“ und „Überwachungs- und Inquisitionskomitees von wahrhaft Robespierre’schem Charakter“ spricht *Picker*, JZ 2003, 540 (541); kritisch auch *Reppen*, in Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 11 ff.

¹⁹¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. h, Richtlinie 2000/43/EG und, mit ähnlichem (aber personenbezogenem) Wortlaut Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

¹⁹² *Schiek-Schiek*, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 12, *Coester*, in FS Canaris, S. 117. In der italienischen Literatur *Guariso*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 601. Kritisch *Somma*, Pol. dir. 2008, 507 (525).

¹⁹³ *Schiek-Schiek*, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 12.

¹⁹⁴ S. dazu insbesondere *Canaris*, AcP 2000, 273 ff., *ders.*, in FS Lerche, S. 873 ff.; zum Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Materialisierung im europäischen Vertragsrecht *Grundmann*, JZ 2005, 860 (864 f.).

zum Schutz des Schwächeren auf die Beschränkung der Inhaltsfreiheit konzentriert haben: Im Rahmen des Verbraucher- und Mieterschutzes sowie des AGB-Rechts ging es insbesondere um den Schutz des schwächeren Vertragspartners vor unangemessenen Vertragsinhalten. Im Mittelpunkt der Diskussionen stand damit in erster Linie die *iustitia commutativa*, die „Austauschgerechtigkeit“, deren Gegenstand die Interaktionen zwischen zwei Privatrechtssubjekten und damit die wechselseitigen Leistungspflichten der beiden Vertragsparteien bilden. Die Analysen beschränkten sich demzufolge auf eine „interne Perspektive“ – eine Perspektive, die die Inhalte der jeweiligen Vertragsbeziehung ins Blickfeld rückt –, ließen Fragen des Diskriminierungsschutzes beim Vertragsabschluss und damit eine „externe Perspektive“ – wie etwa den Vergleich verschiedener Verbrauchergruppen – aber großteils außen vor¹⁹⁵.

Nunmehr geht es hingegen (auch) um die Thematisierung der Frage, ob bzw. wann sich die Freiheit *vom* Vertragsschluss des Einen gegenüber der Freiheit *zum* Vertragsschluss des Anderen durchsetzen soll¹⁹⁶, und damit um die Frage eines „Ob“ und nicht mehr (nur) eines „Wie“ des Vertragsschlusses.

II. *Iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* im Vertragsrecht

Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz verfolgt das Ziel, die Teilhabe aller an der Verteilung von Gütern und Dienstleistungen, von Wohnraum und Bildungsangeboten zu sichern; mit Hilfe der Aufstellung von Diskriminierungsverboten soll der gleiche Zugang aller Bürger zum Markt im Sinne „gerecht verteilter“ Chancen auf Vertragsschluss erreicht werden¹⁹⁷. Von der Austauschgerechtigkeit unterscheidet sich die Verteilungsgerechtigkeit u.a. dadurch, dass sie als Gerechtigkeit *in Ansehung* der Person verstanden wird¹⁹⁸. Diskriminierungsverbote erfolgen insofern „in Ansehung“ der Person, als dass sie negative Gebote hinsichtlich der Nichtbeachtlichkeit bestimmter

¹⁹⁵ Die Ausdrücke stammen von *Wilhelmsson*, ELJ, 2004, 712 (724, 729 f.).

¹⁹⁶ Vgl. *Grundmann*, ERPL, 2008, 553 (572 f.).

¹⁹⁷ Vgl. *Eichenhofer*, DVBl 2004, 1078 (1084 f.).

¹⁹⁸ Wegen der Irrelevanz der Eigenschaften der Subjekte im Rahmen der *iustitia commutativa* spricht man dort von „Gleichheit ohne Ansehen der Person“. Dazu auch *Röckrath*, ARSP 1997, 506 (517, 523).

Merkmale aufstellen und diese damit im Rahmen des Verteilungsprozesses berücksichtigen¹⁹⁹.

Von den Gegnern eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes wird nun aber geltend gemacht, dass Verteilungsgerechtigkeit in einem von Vertragsfreiheit und autonomer Selbstgestaltung geprägten System keinen Platz habe²⁰⁰. In ihrer Kritik erscheint das Privatrecht²⁰¹ als ein „Feld der freien Beliebigkeit“, in dem begrenzende Elemente wie die Einführung von Diskriminierungsverboten als unzulässige Ausnahmen dargestellt werden²⁰². Dabei wird betont, dass die durch Diskriminierungsverbote festgelegten Inhalte zwar für den *Staat* unverzichtbare Prinzipien seien, dass dieser sie aber nicht als „offizielle Moral auch dem *Bürger* aufdrängen“ dürfe²⁰³. Deshalb wettet man gegen die „Veröffentlichrechtlichung“ des Privatrechts, die „Privatisierung“ überindividueller Schutzaufgaben und die „Sozialisierung“ des individualrechtlichen Güterauswechsels²⁰⁴ und verlangt stattdessen nach einer rigorosen Funktionsaufteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht²⁰⁵.

In diesem Zusammenhang wird der „marktmäßig-wettbewerbliche Bereich“ als ein Subsystem qualifiziert, das durch andere komplementäre Subsysteme funktionell kompensiert wird bzw. werden soll: Die freiheitlich-wettbewerblichen Gebiete – das

¹⁹⁹ Der Personenbezug der Verteilungsgerechtigkeit ist also nicht auf *positive* Zuteilungsaspekte beschränkt, vgl. *Coester*, in FS Canaris, S. 118. S. auch *Neuner*, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 79.

²⁰⁰ *Adomeit*, NJW 2006, 2169 ff., *Picker*, JZ 2003, 540 ff., *Braun*, JUS 2002, 424 ff. Dagegen ausdrücklich *Kronman*, The Yale Law Journal, 1980, 472 (474 f.).

²⁰¹ Im Bereich des Arbeitsrechts wird in Bezug auf die Anwendbarkeit distributiver Kriterien hingegen weniger Aufhebens gemacht, was u.a. mit der Verteilungsmacht des Arbeitgebers und dem daraus folgenden Vorhandensein eines Über- und Unterordnungsverhältnisses begründet wird, vgl. *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 37.

²⁰² Vgl. die in Fn. 190 Genannten. Anders *Wilhelmsson*, ELJ 2004, 712 (720 f.). Zum Rahmencharakter des Privatrechts *Schmidt-Aßmann*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 17.

²⁰³ Vgl. statt aller *Picker*, JZ 2003, 540 ff. Er kritisiert, dass das Gesetz „dann sogar die letzte Bastion vertragsbezogener Selbstbestimmung“ schleift: „Es begnügt sich nicht einmal mehr mit Maßgaben für die Inhaltsgestaltung. Es legt mehr oder minder weit auch den Vertragspartner fest“. Er übersieht dabei, dass Diskriminierung für den anderen (diskriminierten) Teil schon die Vorenthaltung jeder Möglichkeit von Freiheit oder Selbstbestimmung bedeutet, vgl. *Baer*, Gleichheit oder Würde, S. 329.

²⁰⁴ *Picker*, JZ 2003, 540 ff., vgl. a. *Adomeit*, NJW 2002, 1622 (1623): „sozialistische Regulierung“.

²⁰⁵ Dazu *Coester*, in FS Canaris, S. 118 f.

durch Wettbewerb und Gewinnzuweisung, durch Differenzierung und Willkür gekennzeichnete Privatrechtssystem – sollen durch ein „nicht-kompetitives Verteilungssystem“ – das durch Solidarität und Hilfe, durch Gleichbehandlung und Gesetzmäßigkeit gekennzeichnete Solidarsystem des Sozialrechts – ergänzt werden²⁰⁶. In einem solchen Rahmen dürfe dann lediglich letzteres verpflichtet werden, in der (angeblich ohnehin für eine größtmögliche Gerechtigkeit bei der Güterverteilung sorgenden) Privatrechtsgesellschaft²⁰⁷ eventuelle marktliche Nachteile Einzelner zu kompensieren und damit in Fällen von Hilfsbedürftigkeit oder Not zur Verfügung zu stehen²⁰⁸.

Es geht in den Diskussionen damit (auch) um das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, bzw. um die „technische Funktion“²⁰⁹ ihrer so oft diskutierten

²⁰⁶ Vgl. i.ü. schon *Radbruch* Rechtsphilosophie, S. 126, der die ausgleichende Gerechtigkeit als Gerechtigkeit im Verhältnis der Nebenordnung, die austeilende Gerechtigkeit im Verhältnis der Über- und Unterordnung gelten lassen will und zusammenfassend feststellt: „Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts“.

²⁰⁷ Der Begriff der Privatrechtsgesellschaft, die sich insbesondere durch die privatrechtliche Organisation der Wirtschaftsabläufe unter den Prinzipien von Privatautonomie und Privateigentum auszeichnet, geht auf Franz Böhm zurück (ORDO Bd. 17 (1966), 75 ff.) und ist später von zahlreichen Rechtswissenschaftlern übernommen worden. Nur beispielhaft genannt seien an dieser Stelle *Mayer/Scheinflug*, Privatrechtsgesellschaft, S. 11 ff., *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft, S. 25 ff.

²⁰⁸ Dass solche marktrechtlichen Nachteile möglich sind, wird auch von den Antidiskriminierungsgegnern nicht bestritten, s. bspw. *Picker*, Karlsruher Forum 2004, S. 49 ff. Vgl. auch *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft, S. 26, der die Pflicht des Staates zu umverteilenden Interventionen in Gestalt öffentlicher Abgaben und staatlicher Transferleistungen als erfüllt ansieht, ähnlich *Storme*, ERPL 2007, 233 (249). Diese Auffassung lässt allerdings unberücksichtigt, dass „(...) *la situazione attuale, caratterizzata dalla privatizzazione del welfare e con ciò dall’espansione del contratto in settori concernenti la soddisfazione di bisogni riconducibili ai diritti sociali*“ nicht mehr vergleichbar ist mit derjenigen „*in cui il mercato era affiancato da strumenti di redistribuzione della ricchezza alternativo ad esso, come quelli assicurati dalle strutture dello Stato sociale*“, so *Somma*, Riv. trim. proc. dir. civ. 2008, 1079 (1110). Ähnlich *Liebscher*, STREIT 2005, 100 (104).

²⁰⁹ Die Zweiteilung in öffentliches Recht und Privatrecht lässt sich auf die kontinentalen Rechtskulturen begrenzen, wo sie in der Frühen Neuzeit und dem 19. Jahrhundert entstanden ist. In Deutschland hat man deshalb von einer (nur) „technischen Funktion“ gesprochen, da die angenommene Dichotomie in dem auf die Weimarer Republik folgenden „umverteilenden Steuer- und Sozialstaat“ ihren prinzipiellen Sinn verloren hat und die heutige moderne Industriegesellschaft „mit ihren Verflechtungen von Staat, staatsnahen Organisationen und Wirtschaft im Innern, mit ihren europarechtlichen und internationalen Vernetzungen“ mit der Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht nicht mehr angemessen beschrieben werden kann, so *Stolleis*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 43, 58.

Dichotomie. Die von den Kritikern geforderte kategoriale Zweiteilung, verbunden mit einer rigorosen Aufgabenverteilung zwischen einem Rechtsgebiet „für Zwang“ bzw. „Unfreiheit“ und einem Rechtsgebiet „für Freiheit“²¹⁰, erscheint jedoch angesichts der Durchdringung des gesamten Rechts mit den verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen, den heutigen Maßstäben und Verhältnissen nicht mehr angemessen, wenn nicht obsolet geworden²¹¹.

Da den Privatrechtsnormen immer auch „eine Zuteilung von Gütern, Lasten, Risiken und Chancen“²¹² eigen ist, erscheint es verfehlt, das Privatrecht als eine Domäne allein des Prinzips des proportionalen Ausgleichs zu sehen²¹³. Ob dem Vertragsrecht „distributive Weichenstellungen“²¹⁴ nämlich wirklich so fremd sind, wie von den Gegnern privatrechtlicher Antidiskriminierungsbestimmungen angenommen wird, muss doch ernsthaft bezweifelt werden. Schon die Tatsache, dass bereits „die Etablierung eines auf Privatautonomie, Vertragsfreiheit und subjektiven Rechten der Personen aufbauenden Privatrechtssystems eine distributive Weichenstellung“²¹⁵ war, scheint dabei nicht genügend Beachtung zu finden. Vertragsfreiheit ist keine natürliche oder vorgegebene Freiheit, sondern wird inhaltlich durch das Recht bestimmt, nicht umgekehrt. Sie darf nicht als „Instrument zu introvertierter Selbstentfaltung“ missverstanden bzw. isoliert gedacht werden²¹⁶. Fehlt es an den faktischen Voraussetzungen zur Wahrnehmung der rechtlichen Freiheit potentiell Diskriminierter, droht sie eine abstrakte Zusicherung zu bleiben, die sich darauf beschränkt, „dass man

²¹⁰ Kritisch Stolleis, RJ 1992, 500 (507).

²¹¹ So Stolleis, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht 1996, S. 59 mit dem Hinweis auf die demokratische Legitimierung aller Rechtsetzung und Rechtsanwendung und die Durchdringung des Privatrechts mit den Leitgedanken der Verfassung, ders., RJ 1992, 500 (507); Schiek, MJ 2005, 427 (432) spricht von der Gefahr „of unnecessarily stressing a dichotomy between the public and private“.

²¹² Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 357 f.

²¹³ Canaris, Iustitia distributiva, S. 44, 77 gibt deshalb auch zu, dass die Bindung einer Vertragspartei an die Postulate der *iustitia distributiva* im geltenden Privatrecht keinen Fremdkörper darstellt, hält sie aber für eine nur „schwer zu begründende Ausnahme“ und plädiert daher grundsätzlich für die Erfüllung distributiver Postulate mithilfe des Bildungs-, Steuer- und Sozialrechts.

²¹⁴ Coester, in FS Canaris, S. 119.

²¹⁵ Coester, in FS Canaris, S. 120. Vgl. auch Somma, Riv. trim. dir. e proc. civ. 2008, 1097 (1108): „Il diritto privato esplica sempre effetti distributivi“; s. auch Wagner, ZEuP 2007, 180 ff. Ähnlich („Thematisierung distributiver Konsequenzen“) Schiek-Schiek, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 12.

²¹⁶ Eichenhofer, DVBl. 2004, 1078 (1085). Aus verfassungsrechtlicher Sicht ähnlich Baer, ZRP 2002, 290 (291). Vgl. auch schon Raiser, JZ 1958, 1 (6).

im Prinzip nicht davon ausgeschlossen (ist), alle Herrlichkeiten dieser Welt durch Rechtsgeschäft zu erwerben und wieder zu veräußern, ohne daraufhin auch nur über ein paar heile Stiefel *in concreto* verfügen zu können²¹⁷. Damit Vertragsfreiheit konkret wird, muss sie aber auch ohne Diskriminierungen realisierbar sein²¹⁸; daher finden sich ihre Grenzen in den Rechten – in der *gleichen* Freiheit – anderer²¹⁹.

Hinzu kommt, dass Orientierungen der Art, die Diskriminierungsschutz aus dem Vertragsrecht verbannen und in Bezug auf die „zu kurz Gekommenen“ allein den Staat in die Pflicht nehmen wollen, bereits den Grund der Diskriminierungsverbote verkennen, der eben gerade nicht in einer persönlichen Leistungsschwäche des Betroffenen liegt, die durch das staatliche Sozialsystem zu reparieren ist²²⁰.

Diskriminierungsverbote, wie sie der europäische Gesetzgeber „verschrieben“ hat, bedeuten nicht mehr als die Absicherung des prozeduralen Funktionierens eines freiheitlichen Marktsystems. Diese Absicherung kann nicht bedingungslos dem Markt überlassen werden; vielmehr ist der Staat insofern in die Pflicht zu nehmen, als er für das Vorhandensein der notwendigen Voraussetzungen für die Verwirklichung dieses Funktionierens zu sorgen hat²²¹: Dafür, dass der Markt allen Bürgern – unabhängig von Rasse, Behinderung, sexueller Orientierung. usw. – offen steht²²². Die Frage, wie auf einer solchen Grundlage dann die beiderseitige Fähigkeit zur Aushandlung von Verträgen gewährleistet, bzw. das Fehlen materieller Ressourcen und damit einhergehende soziale Imparitäten ausgeglichen werden können, ist damit aber noch nicht beantwortet.

²¹⁷ So die Befürchtung von *Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 130.

²¹⁸ *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 347 ff. spricht deshalb auch von „realistischer“ Vertragsfreiheit.

²¹⁹ *Liebscher*, STREIT 2005, 100 (103).

²²⁰ Anders wäre dies bei „ökonomischen“ Diskriminierungen, für deren Verbot *Wilhelmsson*, ELJ 2004, 712 (720, 729 f.) plädiert.

²²¹ Auf den Punkt gebracht bei *Coester*, in FS Canaris, S. 118 f.

²²² Die Freiheit, die der Privatrechtsgesellschaft überantwortet ist, ist deshalb „verfasste“ Freiheit; dies ist auch der Grund dafür, warum die politisch/soziale Ausgestaltung des Ordnungsmodells der Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft keine systemfremden Einschränkungen darstellt, vgl. *Coester*, in FS Canaris, S. 122. Anders aber *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft, S. 23 ff.

III. Die Rahmenbedingungen der Privatrechtsgesellschaft und ihre systemkonforme Ausgestaltung

Da sich die Privatrechtsgesellschaft als „offene“ Gesellschaft verstehen will²²³, dementsprechend ihr Kernelement der offene Markt ist, handelt es sich bei der Einfügung von Regelungen zum vertragsrechtlichen Diskriminierungsschutz auch um eine systemkonforme und nicht systemfremde Ausgestaltung ihrer Rahmenbedingungen: Vertragsrecht als das „Verkehrsrecht der Marktvorgänge“²²⁴ verfolgt das Ziel, auf einem solchen Markt für Austausch zu sorgen. Diskriminierungen, die einen Teil der Individuen vom Zugang zum Markt ausschließen, bedeuten in diesem Zusammenhang nicht (nur) einen Eingriff in eine vorher bestehende Freiheit, sondern schon die Vorenthaltung jeder Möglichkeit von Freiheit oder Selbstbestimmung²²⁵. Verfolgen sie – wie dies bei einem Großteil der hier untersuchten Diskriminierungen der Fall ist – dabei nicht marktwirtschaftliche Vorteile²²⁶, stellen sie zudem ein Handeln gegen die Marktvernunft dar. Diskriminierungsverbote liefern dagegen eine gleiche Grundlage für alle Individuen, um am marktlichen Austausch teilnehmen zu können, und bedeuten daher nicht mehr und nicht weniger als eine Verteidigung der Marktordnung bzw. die Eröffnung eines freien Konsummarktes auf der Grundlage (formal) gleich verteilter Chancen²²⁷.

Daneben kann der Vorwurf, dass weite Bereiche privater Daseinssicherung durch die Antidiskriminierungsregelungen nunmehr der Herrschaft der individual-autonomen

²²³ Vgl. Zöllner, Die Privatrechtsgesellschaft, S. 49, Mayer/Scheinpflug, Privatrechtsgesellschaft, S. 34 ff., Säcker, ZG 2005, 154 (155), Storme, ERPL 2007, 233 (249).

²²⁴ Schmidt-Aßmann, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 27. Vgl. auch Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, § 16, Rn. 420.

²²⁵ Baer, Würde oder Gleichheit, S. 329. Ähnlich Däubler/Bertzbach-Däubler, AGG, Einl., Rn. 73: „Privatautonomie (umfasst) auch die Selbstbestimmung des potentiellen Diskriminierungsopfers; eine entsprechende Benachteiligung zuzulassen, würde bedeuten, ihm jeden Ansatz von Selbstbestimmung in der fraglichen Situation zu nehmen“.

²²⁶ Coester, in FS Canaris, S. 124

²²⁷ Ähnlich Schiek, MJ 2005, 427 (434), die feststellt, dass „it (=a prohibition of discrimination, Anm. der Verf.) will enhance the functioning of the markets rather than restricting it“. Vgl. a. Neuner, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 79, Coester, in FS Canaris, S. 124, 129. A.A. Säcker, ZG 2005, 154 (155), der die staatliche Gewährleistungsverantwortung für eine Vertragsfreiheit und Chancengleichheit sichernde Privatrechtsordnung bereits durch das bestehende Kartell- und Verbraucherschutzrecht verwirklicht sieht.

Willkür entzogen seien, insofern abgeschwächt werden, als dass die Richtlinien gerade in Abgrenzung zum Privatbereich die Bereitstellung von Waren und Dienstleistungen, „die der Öffentlichkeit²²⁸ ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“ voraussetzen²²⁹. Damit wird die eigentliche Privatsphäre schon gar nicht unter das Diktat einer diskriminierungsfreien Behandlung gestellt: wer Angebote von Waren und Dienstleistungen nicht öffentlich macht, wird selbst dann nicht sanktioniert, wenn er „benachteiligt“²³⁰. Und wer dies tut, und damit die „Vorteile des Marktes qua Publizität nutzt“²³¹, soll richtigerweise auch an Diskriminierungsverbote gebunden werden.

Fraglich ist auch, ob ein Vertragsrecht, das auf Diskriminierungsschutz verzichtet, tatsächlich vor Verhaltensanforderungen „ethischer Natur“ bewahrt wird. Dies wird wohl von den Gegnern angenommen, wenn sie dagegen angehen wollen, das Vertragsrecht vor moralischen oder ethischen „Pflichtübungen“ zu bewahren. Dem Leitgedanken der Privatrechtsgesellschaft entsprechend soll in einer Gemeinschaft, die sich unter anderem²³² durch Vertragsfreiheit, Wettbewerb und Privateigentum bzw. die autonome gesellschaftliche Selbstorganisation wesentlicher Ordnungsaufgaben und einen minimalen Staat auszeichnet (dessen primäre Funktion die Gewährleistung der erforderlichen Rahmenbedingungen²³³ ist), das Vertragsrecht lediglich „formale“ Verhaltensanforderungen stellen. Während man solche rein formalen Anforderungen im Nichtvorhandensein von Diskriminierungsverboten im Privatrecht verwirklicht sieht, nennt man die Einführung entsprechender Verbote „moralisch“.

Die Stellungnahme des Privatrechts zu der Frage, ob das Prinzip der Nichtdiskriminierung ein notwendiges Element des Vertragsrechts sein soll (oder

²²⁸ Im Gegensatz zur deutschen, englischen, französischen und spanischen Version der Richtlinie 2000/43/EG, enthält die italienische keine entsprechende Einschränkung (sondern spricht lediglich von „*accesso a beni e servizi e alla loro fornitura*“), was nur auf einen Übersetzungsfehler zurückgeführt werden kann. Anders Art. 3 sowie Erw. grund 13 der Richtlinie 2004/113/EG. Vgl. schon *Somma*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 1097 (1130, Fn. 143) und *Maffei*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, 401 (409 f.).

²²⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1, lit. h RL 2000/43/EG und Art. 3 Abs. 1 2004/113/EG.

²³⁰ *Graf v. Westphalen*, ZGS 2002, 283 (285, 289). *Maffei*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 401 (410).

²³¹ Vgl. *Baer*, ZRP 2002, 290 (293).

²³² Vgl. zu den weiteren Charakteristika der Privatrechtsgesellschaft *Canaris*, in FS Lerche, S. 876, 880.

²³³ Kritisch *Gerstenberg*, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993, S. 26.

nicht)²³⁴, kann jedoch in keinem Fall neutraler Natur sein: „Auch die Privatrechtsordnung hat es in der Organisation gleicher Freiheit mit Vermachtungsproblemen zu tun. Auch sie ist folglich keine den realen Interessenlagen gegenüber neutrale, sondern eine werthafte Ordnung“²³⁵. Die Entscheidung contra oder pro Diskriminierungsschutz birgt in jedem Fall eine Entscheidung für bestimmte Werte in sich (und diese Werte ziehen entsprechende „distributive“ Konsequenzen nach sich). Es kann nicht hinreichend begründet werden, warum mit dem Fehlen von Diskriminierungsschutzbestimmungen Anforderungen lediglich formaler Natur an das Recht einhergehen sollten, während bei Vorhandensein solcher Bestimmungen die Anforderungen ethischer Natur sind²³⁶. Im ersten Fall setzt sich die (negative) Freiheit vom Vertragsschluss gegenüber der (positiven) Freiheit des „Anderen“ zum Vertragsschluss durch²³⁷; dadurch werden gesellschaftliche Strukturen bzw. gesellschaftlich akzeptierte Verhaltensnormen weiterhin bestätigt. Im zweiten Fall hingegen wird die Freiheit vom Vertragsschluss nicht automatisch höher gewichtet und den genannten Strukturen soll entgegengewirkt werden²³⁸. Dies verdeutlicht, dass die rechtliche Ausgestaltung des Vertragsrechts in keinem Fall neutral und die „Welt der Privatautonomie“ nicht wertfrei ist; auch das Vertragsrecht transportiert „moralische oder wertbezogene Botschaften“²³⁹, und trägt daher stets rechtspolitische oder sozialetische Wertentscheidungen in sich²⁴⁰, die man mit staatlichen Zwangsmitteln durchzusetzen beabsichtigt.

²³⁴ Bejahend *Neuner*, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 73 (79).

²³⁵ *Schmidt-Aßmann*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 17. Vgl. auch schon *Limbach*, JuS 1985, 10 (10, 12), die betont, dass „das selbstgenügsame Sich-Einlassen auf das vorgeblich neutrale bürgerliche Recht der Jahrhundertwende zu einem Ausblenden sozialer Probleme geführt hat“ und dass „die die freie Entfaltung verbürgenden Institutionen – insbesondere der Vertrag – auch Vermachtungstendenzen dienstbar sein (können)“.

²³⁶ Vgl. *Schick-Schick*, AGG, Vorbem. zu §§ 19 ff., Rn. 13.

²³⁷ Vgl. auch *Grundmann*, ERPL, 2008, 553 (572).

²³⁸ In dieser Hinsicht stellt *Eichenhofer*, DVBl 2004, 1078 (1083) fest, dass sich die Mitgliedstaaten durch die Umsetzung der Richtlinienvorgaben „gegen seit Jahrhunderte tradierte geistige und soziale Orientierungen (stellen): Das Eigene gegen das Fremde, das Gesunde gegen das Kranke, das Männliche gegen das Weibliche (...), zu setzen, dies entsprach bis in die jüngste Vergangenheit den sozial üblichen Orientierungsalternativen“.

²³⁹ S. *Schick*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 352.

²⁴⁰ Ähnliche Überlegungen finden sich auch im Common Law wieder, vgl. bspw. *Atiyah*, An introduction to the Law of Contract, S. 2, der trotz des Hinweises auf die allgemein anerkannte und praktizierte Unterscheidung von Recht und Moral feststellt, dass „the law reflects to a considerable extent

Die von den Gegnern behauptete Inhaltsleere der sogenannten formalen Verhaltensanforderungen an das Vertragsrecht scheint eher dadurch bedingt zu sein, dass das Modell einer Privatrechtsgesellschaft das Projekt der „Verwirklichung des Prinzips gleicher Freiheiten missversteht, weil es den *status quo* sozialer Machtverhältnisse als neutral behandelt“²⁴¹. Der Aufruhr ist deshalb groß, weil in eben diese sozial hierarchisch strukturierten Verhältnisse eingegriffen wird und tradierte Privilegien beseitigt werden²⁴². In der Hitze des Gefechts übersieht man dabei, dass sich Diskriminierungsverbote sehr wohl in ein sich auf das Prinzip der Vertragsfreiheit gründendes Vertragsrecht integrieren lassen, sich Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote damit nicht antinomisch gegenüberstehen.

Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz schützt die beiderseitige Vertragsfreiheit²⁴³. Vertragsfreiheit kann damit nicht einseitig aus Sicht des Anbietenden bestimmt werden, sondern muss beiden (potentiellen) Vertragsparteien zuteil und für sie realisierbar werden²⁴⁴. Daher muss sich auch die von einer Diskriminierung betroffene Person ihrerseits auf die Freiheit berufen können, am Markt teilzunehmen und nicht willkürlich Ausschluss zu erfahren²⁴⁵. Diskriminierungsverbote zielen darauf ab, dass die Vertragsfreiheit des Anbieters nicht als Instrument der Zerstörung oder Beschränkung der Vertragsfreiheit der (potentiellen) Vertragspartner missbraucht wird. Dabei schränken sie die Vertragsfreiheit des Anbieters aber nur insofern ein, als dieser sich im Rahmen seines (öffentlichen) Angebots auf Merkmale beruft, die nach den gesetzlichen Bestimmungen keine Relevanz haben dürfen. Im übrigen aber lassen sie die subjektive Beliebigkeit unberührt und verlangen daher keine umfassende sachliche Entscheidung²⁴⁶. Diskriminierungsverbote sind daher auch eindeutig zu unterscheiden von einer Pflicht

the moral standards and ideals of the community in which operates“. Ähnlich spricht Gordon, Wisconsin Law Review 1985, 565 (576) vom Vertragsrecht als *“a (...) platform for the expression of ideology”* dessen *“doctrins became interesting again for what they can reveal about the society’s official values”*. S. auch Kennedy, Riv. crit. dir. priv., 2002, 317 (344 ff.) Verkannt wird dies bei Säcker, in ZRP 2002, 286 ff.

²⁴¹ Gerstenberg, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993, S. 25.

²⁴² Baer, ZRP 2002, 290 (292).

²⁴³ Vgl. BVerfGE 81, 242 (254), 89, 214 (233).

²⁴⁴ Insbesondere daran knüpft Kronman, The Yale Law Journal 1980, 472 ff. an, der ausdrücklich für die Berücksichtigung distributiver Kriterien im Vertragsrecht plädiert.

²⁴⁵ Liebscher, STREIT 2005, 100 (103).

²⁴⁶ Däubler/Bertzbach-Däubler, AGG, Einl., Rn. 73. Rebhan-Rebhahn, GIBG, Einl., Rn. 8.

zur allgemeinen Gleichbehandlung²⁴⁷ und stellen im Ergebnis – anders als von den Kritikern teilweise behauptet – nicht mehr dar, als eine prozedurale Rahmenbedingung bzw. Mindestgarantie in einer offenen Privatrechtsgesellschaft²⁴⁸.

²⁴⁷ Vgl. zur genaueren Abgrenzung von Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot *Maffei*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 401 (411 ff.).

²⁴⁸ *Coester*, in FS Canaris, S. 123. Da es lediglich um einen strukturierenden staatlichen Rahmen geht, könnte man mit *Hoffman-Riem*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 266 f. von einer sog. „Gewährleistungsverantwortung“ (im Gegensatz zur weitergehenden Erfüllungsverantwortung) des Staates sprechen. Vgl. auch *Gerstenberg*, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993, S. 35. A.A. *Säcker*, ZG 2005, 154 (155).

ZIVILRECHTLICHER SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG
IM SPIEGEL DER EUROPÄISCHEN ENTWICKLUNG: DEUTSCHLAND UND ITALIEN IM VERGLEICH

TEIL 2

SUPRANATIONALE GRUNDLAGEN DES ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHTS

A. Diskriminierungsschutz im Völkerrecht

Der Schutz vor Diskriminierung ist Gegenstand zahlreicher völkerrechtlicher Verträge. Die vorliegende knappe Darstellung (auch) dieser Grundlagen basiert auf der Entscheidung zugunsten eines möglichst umfassenden Bildes aller normativen Fundamente, auf denen Diskriminierungsschutz aufbaut, um dem in diesem Bereich wirkenden „Mehrebenensystem“ – bestehend aus Völker-, Gemeinschafts- und nationalem Verfassungsrecht sowie einfachgesetzlichen Grundlagen – so weit wie möglich gerecht zu werden. Nur auf diese Weise lassen sich die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung sowie die nationalen Umsetzungen in rechtlicher und rechtskultureller Hinsicht hinreichend erfassen²⁴⁹. Gleichzeitig wird das Antidiskriminierungsrecht auf seine Grundfragen zurückgeführt, um die Bestimmungen des nationalen Rechts besser in einen übergreifenden Kontext einordnen zu können. Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz ist zudem insofern von Bedeutung, als die Erwägungsgründe der Anti-

²⁴⁹ Rudolf/Mahlmann-Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, S. 6.

diskriminierungsrichtlinien ausdrücklich auf ihn Bezug nehmen²⁵⁰; deshalb spielt er auch im Rahmen der Herausarbeitung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben eine Rolle.

Während das Völkerrecht ziemlich bald erkannt hat, dass *auch* eine Privatwirkung der menschenrechtlichen Schutzgüter erforderlich ist, und dementsprechend die staatliche Verantwortung für den Schutz vor Diskriminierungen durch Private betont hat, blieben sowohl in Deutschland als auch in Italien Diskussionen zum Thema Diskriminierung lange Zeit auf die Vertikalebene „Staat-Bürger“ beschränkt: Sowohl auf legislativer Ebene als auch in wissenschaftlicher Hinsicht beschäftigte man sich, vom Arbeitsrecht einmal abgesehen, nur selten mit Fragen um eine Ausweitung von Diskriminierungsverboten auch gegenüber privaten Akteuren in Wirtschaft und Gesellschaft²⁵¹.

Die Entwicklung des Diskriminierungsschutzes auf völkerrechtlicher Ebene, der seit Beginn des Bestehens der Vereinten Nationen im Vordergrund ihrer menschenrechtlichen Aktivitäten steht²⁵², zeichnet demgegenüber eine Tendenz zur thematischen Ausweitung des Kampfes gegen Diskriminierung ab. Diskriminierungsverbote haben Eingang in zahlreiche, sowohl von Deutschland als auch von Italien unterzeichnete und ratifizierte internationale Abkommen gefunden. Inwieweit den Signatarstaaten bereits hierdurch positive Verpflichtungen zum Schutz (auch) vor Diskriminierungen Privater auferlegt werden, hängt von Anwendungsbereich und Reichweite der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtungen ab. Diese werden nachfolgend dargestellt.

²⁵⁰ Erw.ground drei RL 2000/43/EG, Erw.ground vier RL 2000/78/EG, Erw.ground zwei RL 2002/73/EG und Erw.ground zwei RL 2004/113/EG.

²⁵¹ Zur Kritik an dieser Situation *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 289 (289 ff.). *Schiek*, *Differenzierte Gerechtigkeit*, Vorwort.

²⁵² *Nowak*, *CCPR-Commentary*, Art. 26 Rn. 5.

I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Den Grundstein des internationalen Menschenrechtsschutzes mit einem im Vergleich zur Charta der Vereinten Nationen²⁵³ erweiterten Katalog von Diskriminierungsgründen verkörpert die Allgemeine Menschenrechtserklärung (im Folgenden AEMR)²⁵⁴. Sie wird in den jeweiligen Erwägungsgründen der Richtlinien als erster Bezugspunkt erwähnt²⁵⁵. Die als Resolution der UN-Generalversammlung verabschiedete Erklärung nimmt insofern eine Art Pionierstellung ein, als sie dem in der UN-Charta verwendeten Begriff der Menschenrechte „Substanz“ verleiht: Das in der UN-Charta enthaltene, rein akzessorische Diskriminierungsverbot erfährt eine Konkretisierung durch die Verknüpfung mit den in der AEMR genannten spezifischen Rechten und Freiheiten²⁵⁶.

Auf die Präambel, die von der Anerkennung der Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller spricht, folgt die in Art. 1 S. 1 AEMR getroffene Feststellung, dass alle Menschen „frei und gleich an Würde und Rechten“ geboren sind. Freiheit und Gleichheit werden somit nicht im Sinne eines Gegensatzes verstanden; vielmehr kann von einem Leitprinzip der „gleichen Freiheit“ ausgegangen werden, das Ausdruck der Verbindung der Freiheitsidee und des Anspruchs der Gleichberechtigung ist²⁵⁷.

Für eine quantitative sowie qualitative Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes gegenüber der UN-Charta stehen schließlich Art. 2 und Art. 7 AEMR²⁵⁸: Ersterer gibt einen Anspruch auf die in der Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten „ohne

²⁵³ Die UN-Charta, die eine taxative Aufzählung von „Diskriminierungsmerkmalen“ („Rasse, Geschlecht, Sprache oder Religion“, Art. 1 Ziff. 3) enthält, wurde am 26. Juni 1945 unterzeichnet und ist am 24. Oktober 1945 in Kraft getreten. Der Beitritt Deutschlands erfolgte am 6. Juni 1973 (BGBl. 1973 II, 431), Italien ratifizierte die Charta am 17. August 1957 (GU 848/1957, suppl. ord. 238).

²⁵⁴ Resolution der Generalversammlung der UNO 217 (A-III) vom 10. Dezember 1948.

²⁵⁵ Vgl. Fn. 250.

²⁵⁶ Nowak, CCPR Commentary, S. XVII. In der UN-Charta ist die in den Worten „Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ angelegte Akzessorietät des Diskriminierungsverbots problematisch, da die „Menschenrechte und Grundfreiheiten“ in der Charta selbst nicht näher definiert werden und damit der konkrete Bezugspunkt des Diskriminierungsverbots offen bleibt, vgl. dazu näher Simma-Riedel, Charter, Art. 55 c), Rn. 15 ff.

²⁵⁷ Vgl. Bielefeldt/Follmar-Otto, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, S. 10 f.

²⁵⁸ Falke/Rust-Giegerich, AGG, Einl., Rn. 31.

irgendeinen Unterschied, *wie etwa* nach Rasse, Farbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Eigentum, Geburt *oder sonstigem Stand*“. Wie die Formulierung zeigt, wurde bewusst auf eine abgeschlossene Aufzählung der Merkmale verzichtet, um einem Diskriminierungsschutz entsprechend den gesellschaftlichen Entwicklungen gerecht zu werden; damit nähert sich Art. 2 Abs. 1 AEMR einem allgemeinen – wenn auch akzessorischen – Diskriminierungsverbot an. Ein selbständiges Diskriminierungsverbot enthält Art. 7 AEMR: Er garantiert neben der Gleichheit „vor dem Gesetz“ einen subjektiven Rechtsanspruch „auf gleichen Schutz durch das Gesetz“²⁵⁹, sowie konkret den Anspruch aller „auf den gleichen Schutz gegen jede unterschiedliche Behandlung, welche die vorliegende Erklärung verletzen würde“. Wegen der deutlichen Trennung der beiden Sätze geht man teilweise sogar davon aus, dass die Rückanknüpfung auf die in Art. 2 AEMR genannten Merkmale auf Art. 7 Satz 1 AEMR beschränkt ist und Satz 2 daher nicht nur ein selbständiges Diskriminierungsverbot, sondern einen allgemeinen Gleichheitssatz verkörpert²⁶⁰.

Obwohl die AEMR als UN-Resolution verabschiedet worden ist und ihr deshalb nach Art. 13 Abs. 1 (b) UN-Charta grundsätzlich nur empfehlender Charakter zukommt, ist ihre rechtliche Klassifizierung umstritten. Während ihre Rechtsverbindlichkeit unter Hinweis auf die genannte Vorschrift häufig verneint wird²⁶¹, geht man teilweise von ihrer Bindungswirkung als internationales Gewohnheitsrecht aus²⁶²; dies gilt insbesondere hinsichtlich der hier interessierenden Diskriminierungsverbote²⁶³. Vorliegend erübrigt sich die Klärung der Fragestellung insofern, als die Inhalte der AEMR weitgehend in zwei völkerrechtlich verbindliche Verträge eingeflossen sind.

²⁵⁹ Näher *Bossuyt*, in *Bringing International Human Rights Law Home*, S. 95 f.

²⁶⁰ Vgl. näher *Falke/Rust-Giegerich*, AGG, Einl., Rn. 32.

²⁶¹ Vgl. bspw. *Schiek-Schiek*, AGG, Einl., Rn. 11.

²⁶² Eine Kurzdarstellung der Meinungen, die der AEMR *hard law* Charakter zukommen lassen findet sich bei *Kissling*, HFR 2001, 81 (86).

²⁶³ Vgl. die Nachweise bei *Däubler/Bertzbach-Däubler*, AGG, Einl., Rn. 144. Eine Horizontalwirkung zwischen Bürgern geht damit aber nicht einher, vgl. *Neuner*, JZ 2003, 59 ff.

II. Die Menschenrechtspakte der UN

Der Prozess dieser schrittweisen Umgießung der Ideale der AEMR mündete im Jahr 1966 unter anderem in zwei internationale Verträge, die seitdem zusammen mit der AEMR die grundlegenden Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen – die sog. „*International Bill of Human Rights*“²⁶⁴ – bilden: der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Die Aufteilung der Menschenrechte in zwei Pakte an Stelle ihrer Aufnahme in einem einheitlichen Dokument ist insofern kritisch zu bewerten, als sie die als Prämisse der UN-Menschenrechtspolitik wirkende Unteilbarkeit bzw. Gleichrangigkeit der Menschenrechte²⁶⁵ konzeptionell aus dem Blick geraten lässt.

1. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (auch UN-Zivilpakt, im Folgenden IPBPR)²⁶⁶ ist auf völkerrechtlicher Ebene das grundlegende Dokument zu den Grundrechten der Ersten Generation. Nicht nur die Erwägungsgründe der Antidiskriminierungsrichtlinien nehmen auf ihn Bezug²⁶⁷; auch in der Rechtsprechung des EuGH hat der Pakt ausdrücklich Erwähnung gefunden²⁶⁸. Dem Thema Gleichheit und Nichtdiskriminierung widmet er in Art. 2 Aufmerksamkeit, wo festgelegt ist, dass die

²⁶⁴ Nowak, CCPR-Commentary, S. XVII. *Simma*, in FS Lerche, S. 84 spricht von den beiden Pakten als „Eckpfeiler eines Vertragssystems zum internationalen Schutz der Menschenrechte“.

²⁶⁵ Vgl. dazu näher *Simma*, in FS Lerche, S. 91 f. Erneut unterstrichen wurde die Interdependenz der Menschenrechte auf der Wiener Weltmensenrechtskonferenz, vgl. Wiener Erklärung und Aktionsprogramm vom 25. Juni 1993, verabschiedet auf der Weltkonferenz der Vereinten Nationen über Menschenrechte, A/CONF. 157/24 (Part I), III, (dt. Übersetzung in EuGRZ 1993, S. 520 (520, P. 5): „Alle Menschenrechte sind allgemeingültig, unteilbar, bedingen einander und hängen miteinander zusammen“.

²⁶⁶ Resolution 2200 A (XXI) der Generalversammlung der UNO vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten am 23. März 1976 (in Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 17. Dezember 1973, BGBl. 1973 II, 1534, in Italien durch Gesetz Nr. 881 vom 25. September 1977, GU 333/1977). Zur Entstehungsgeschichte des IPBPR vgl. *Tomuschat*, in FS Schlochauer, S. 698 ff.

²⁶⁷ Vgl. Fn. 250.

²⁶⁸ EuGH, Rs. C- 249/96 (Grant), Slg. 1998, I-621.

Vertragsstaaten die „in diesem Pakt anerkannten Rechte“ achten und diese allen „ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen und sonstigen Anschauungen, der nationalen und sozialen Herkunft, des Eigentums, der Geburt oder des sonstigen Status gewährleistet“ werden müssen (Abs. 1); weiterhin werden sie dazu verpflichtet, „die gesetzgeberischen oder sonstigen Vorkehrungen zu treffen“ (Abs. 2)²⁶⁹. Das rein negative akzessorische Diskriminierungsverbot wird in Bezug auf das Geschlechterverhältnis schließlich durch das positive (wiederum akzessorische) Gebot des Art. 3 IPBPR, der die Mitgliedstaaten zur effektiven „Sicherstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau“ bei Ausübung der im Pakt festgelegten Rechte verpflichtet und damit positive Fördermaßnahmen umfasst, ergänzt²⁷⁰.

Darüber hinaus geht Art. 26 IPBPR, der nicht an den Gebrauch der übrigen Rechte anknüpft und damit ein selbständiges Diskriminierungsverbot enthält: Er garantiert in Satz 1 nicht nur Gleichheit vor dem Gesetz sowie Gleichheit durch das Gesetz, sondern statuiert in Satz 2 außerdem, dass das Gesetz „jede Diskriminierung zu verbieten“ und allen Menschen „gleichen und wirksamen Schutz“ zu gewähren hat. Dabei ist die in Art. 26 IPBPR enthaltene und mit Art. 2 Abs. 1 IPBPR übereinstimmende Aufzählung der Diskriminierungsmerkmale wiederum nicht abschließend. Der Menschenrechtsausschuss hat Art. 26 S. 2 IPBPR insbesondere bei der Frauendiskriminierung extensiv interpretiert und als selbständiges Diskriminierungsverbot anerkannt: Er hat sich dabei nicht darauf beschränkt, nur die im Pakt genannten Rechte den internationalen Vorgaben zu unterwerfen, sondern letztere auf sämtliche Bereiche der Staatstätigkeit ausgedehnt²⁷¹.

²⁶⁹ Aufgrund der Natur der bürgerlichen und politischen Rechte geht man hierbei von der Priorität gesetzgeberischer Maßnahmen aus, vgl. *Nowak*, CCPR-Commentary, Art. 2, Rn. 51.

²⁷⁰ Vgl. näher *Nowak*, CCPR-Commentary, Art. 3, Rn. 9 ff. Das Verhältnis der beiden Vorschriften ist mit dem zwischen Art. 3 Abs. 3 S. 1 und Art. 3 Abs. 2 GG bestehenden vergleichbar (dazu unten Teil 3, A.II.2.)

²⁷¹ Vgl. dazu die Fälle *Broeks v. the Netherlands*, (Nr. 172/1984), Auffassungen vom 9. April 1987, A/42/40 (1987), Annex VIII.B (S. 139) und *Zwaan-deVries v. the Netherlands* (Nr. 182/1984), Auffassungen vom 9. April 1987, A/42/40 (1987), Annex VIII.D (S. 160), die die Verweigerung von Arbeitslosenunterstützung verheirateter niederländischer Frauen betrafen. Der Menschenrechtsausschuss bestätigte entgegen der Auffassung der Niederlande eine Verletzung von Art. 26 IPBPR, obwohl es sich bei den geltend gemachten Rechten um Rechte handelte, die nicht in den Bereich des IPBPR fielen, sondern in denjenigen des IPWSKR (vgl. sogleich unter 2.). *Nowak*, CCPR-Commentary, Art. 26, Rn. 28:

Umstritten geblieben ist in diesem Rahmen allerdings, wie weit die in Art. 26 IPBPR genannte Verpflichtung für die jeweiligen nationalen Gesetzgeber geht²⁷². Dazu hat der Menschenrechtsausschuss betont, dass Art. 26 IPBPR die Signatarstaaten dazu verpflichtet, diskriminierende Praktiken im „täglichen Leben“ sozialer Interaktionen – also außerhalb des engen Privatbereichs – wie zum Beispiel auf dem Wohnungs- oder Arbeitsmarkt, daneben aber auch in Restaurants und Verkehrsmitteln, zu unterbinden²⁷³. In der Literatur spricht man Art. 26 IPBPR deshalb insoweit „Horizontalwirkung“ zu, als er den Signatarstaaten eine Schutzpflicht auferlegt, die sie dazu verpflichtet, anhaltende Diskriminierungen zwischen Privaten durch gesetzgeberische Maßnahmen zu verbieten und diese Verbote durchzusetzen²⁷⁴. Diese Schutzpflicht ist zwar auch bei der Auslegung von Verträgen zu beachten, eine unmittelbare Bindung von Privatpersonen an die Diskriminierungsverbote ergibt sich aus ihr jedoch nicht²⁷⁵.

Das Recht einer Person, sich in Form einer Individualbeschwerde beim Menschenrechtsausschuss nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe wegen der Verletzung eines der im Pakt enthaltenen Rechte zu beschweren, regelt das Erste Fakultativprotokoll zum IPBPR²⁷⁶. Ungefähr zwei Drittel der Vertragsstaaten haben das

„(...) the protection does not refer only to the rights of the Covenant but rather to every form of discrimination”.

²⁷² Einige Staaten haben daher beim Beitritt zum Pakt Vorbehalte geltend gemacht: sie akzeptieren die Bindung an Art. 26 nur insoweit, als dass damit ein Diskriminierungsverbot *hinsichtlich der im Pakt enthaltenen Rechte* (und damit ein Verbot nur akzessorischer Natur) verbunden ist, vgl. näher Rust/Falke-Giegerich, AGG, Einl., Rn. 42.

²⁷³ Vgl. zum Ganzen ausführlich Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 100 ff.

²⁷⁴ Nowak, CCPR-Commentary, Art. 26, Rn. 17, 30 ff. mit Kritik an der gegenteiligen Auffassung von Tomuschat, in FS Schlochauer, S. 710 ff., der als (reichlich unpassendes) Beispiel für seine Auffassung u.a. die Ehe anführt.

²⁷⁵ Dabei sind, was teilweise übersehen wird, die unmittelbare Anwendbarkeit der Vertragsbestimmungen („self-executing“) und die innerstaatliche Geltung voneinander abzugrenzen. Hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit gilt, dass eine solche grundsätzlich dann nicht begründet wird, wenn die Vertragsbestimmung zu gesetzgeberischem Tätigwerden verpflichtet. Von dieser Frage zu trennen ist das Problem, ob die Bestimmung objektives Recht enthält oder aber subjektive Rechte und Pflichten begründet. Vgl. hierzu näher Münch/Kunig-Rojahn, GG, Art. 59, Rn. 34 ff. sowie Sachs-Streinz, GG, Art. 59, Rn. 67 ff. Unpräzise Rudolf/Mahlmann-Rudolf, AGG, § 2, Rn. 38.

²⁷⁶ Erstes Fakultativprotokoll zum Individualbeschwerderecht, Resolution 2200A (XXI) der Generalversammlung der UNO vom 16. Dezember 1966. Das zweite Fakultativprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe (Resolution 44/128 der Generalversammlung der UNO vom 15. Dezember 1989,) ist am 11. Juli 1991 in Kraft getreten.

Fakultativprotokoll unterzeichnet, u.a. auch die Bundesrepublik²⁷⁷ und Italien. Damit können sich Betroffene nach Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten unmittelbar an den Menschenrechtsausschuss wenden. Die „Auffassungen“, die der Menschenrechtsausschuss dem betroffenen Vertragsstaat und der Einzelperson „mitteilt“ (vgl. Art. 5 Abs. 4 FakProt), haben zwar beachtliche Autorität erlangt, wirken aber lediglich „politisch-moralisch“, sind also für die Staaten nicht völkerrechtlich bindend.

2. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (auch UN-Sozialpakt, im Folgenden IPWSKR)²⁷⁸ garantiert die Menschenrechte der Zweiten Generation, die ursprünglich im Gegensatz zu den als Freiheit vom Staat konzipierten bürgerlichen Rechten (*status negativus*) als Verwirklichung des Konzepts der (sozialen) Freiheit durch den Staat betrachtet wurden (*status positivus*)²⁷⁹.

Im Gegensatz zum IPBPR enthält der IPWSKR allerdings kein selbständiges Diskriminierungsverbot: Art. 2 Abs. 2 IPWSKR garantiert lediglich das akzessorische Verbot, hinsichtlich der dort genannten (mit Art. 2 IPBPR im Übrigen übereinstimmenden) Merkmale zu unterscheiden, das ergänzt wird durch Art. 3

²⁷⁷ Allerdings hat Deutschland einen Vorbehalt hinterlegt, der darauf ausgerichtet ist, die Auslegung von Art. 26 als selbständiges Diskriminierungsverbot zu verkürzen, vgl. dazu die Kritik von Rust/Falke-Giegerich, AGG, Einl. Rn. 65.

²⁷⁸ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Resolution 2200 A (XXI) der Generalversammlung der UNO vom 16. Dezember 1966 (Ratifizierung in Deutschland durch Gesetz vom 17. Dezember 1973, BGBl. 1973 II, 1569, in Italien durch Gesetz Nr. 881 vom 25. September 1977, GU 333/1977).

²⁷⁹ Innerhalb des Menschenrechtssystems der Vereinten Nationen wird aber im Gegensatz zu dieser traditionellen Dichotomie von negativen Abwehrrechten und positiven Leistungsrechten auf drei Ebenen juristischer Verbindlichkeit verwiesen: demnach hat der Staat nicht nur „*obligations to respect*“, sondern auch „*to protect*“ und „*to fulfill*“, d.h. er muss die Rechte (bzw. Diskriminierungsverbote) nicht nur achten, sondern im Rahmen seiner Schutzpflicht auch vor Eingriffen Privater schützen und dies nötigenfalls durch entsprechende gesetzliche Maßnahmen gewährleisten, sog. „Limburger Prinzipien“ von 1986, vgl. UN-Committee on Economic, Social and Cultural Rights (XXIV), Geneva, E/C.12/200/13.

IPWSKR, der den Vertragsstaaten gebietet, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei Ausübung der im Pakt gewährten Rechte sicherzustellen. Die Vorschriften sind aber insbesondere im Hinblick auf die durch Art. 6 ff. des Paktes gewährten Rechte von Bedeutung, die beispielsweise nach einem Arbeitsentgelt verlangen, das einen angemessenen Lebensunterhalt sichert.

Nach wie vor gibt es im Rahmen des IPWSKR keine Beschwerdemöglichkeit für Einzelpersonen; Bemühungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, den Pakt um ein entsprechendes Fakultativprotokoll zu ergänzen, sind bisher gescheitert²⁸⁰. Einziges Kontrollverfahren bleibt damit weiterhin das sog. Berichtsprüfungsverfahren, das allerdings nicht viel mehr verkörpert als eine „diplomatische Pflichtübung“²⁸¹. Die Verbesserung dieser defizitären Kontrollmechanismen ist auch im Hinblick auf die Betonung der Gleichrangigkeit sozialer Grundrechte angezeigt.

III. Die UN-Nichtdiskriminierungspakte

Der UN-Zivilpakt und der UN-Sozialpakt werden durch weitere speziellere verbindliche Abkommen zur Bekämpfung verschiedener Formen von Diskriminierung ergänzt, auf die die Richtlinien in ihren Erwägungsgründen Bezug nehmen²⁸². Dazu zählen unter anderem²⁸³ das Internationale Übereinkommen über die Beseitigung jeder

²⁸⁰ Vgl. aber den aktuellen Entwurf des Fachausschusses (Stand Februar 2009) unter <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de>.

²⁸¹ Dazu und zu weiteren Schritten hin zu einem Verfahren mit größerer Wirksamkeit *Simma*, in FS Lerche, S. 89 f.

²⁸² Vgl. Fn. 250.

²⁸³ Nicht speziell eingegangen werden soll hier auf das erste ausdrücklich dem Diskriminierungsschutz gewidmete globale, im Jahr 1958 abgeschlossene ILO-Abkommen Nr. 111, da es sich auf den Bereich Beschäftigung und Beruf beschränkt, und dieser hier weitgehend ausgeschlossen bleibt. Auf dieses nimmt daher lediglich die Richtlinie 2000/78/EG in ihren Erwägungsgründen Bezug. Das ILO-Abkommen Nr. 111 ist heute zusammen mit dem im Jahre 1951 abgeschlossenen ILO-Abkommen Nr. 110 in der Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen enthalten (vgl. 86. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, Genf, 18. Juni 1998).

Form von Rassendiskriminierung sowie das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.

1. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung

Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966²⁸⁴ (im folgenden IÜBFR), zu dessen Signatarstaaten sowohl Deutschland²⁸⁵ als auch Italien²⁸⁶ gehören, enthält in Art. 1 Abs. 1 ein selbständiges Verbot der Rassendiskriminierung²⁸⁷: Es definiert diese als jede „auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung²⁸⁸ oder dem Volkstum²⁸⁹ beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, deren Ziel oder Folge es ist, ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens zu vereiteln oder zu beeinträchtigen“. Diese Definition umfasst – das stellt die Gleichsetzung von Ziel und Folge klar – auch mittelbare Diskriminierungen²⁹⁰. Dem Wortlaut nach werden von Art. 2 IÜBFR Diskriminierungen im „öffentlichen Leben“ erfasst, der reine Privatbereich wird also ausgeschlossen. Die völkerrechtliche Absicht einer allgemeinen Privatwirkung des Antidiskriminierungsrechts kommt aber umso mehr in Art. 2 Abs. 1 (d) IÜBFR zum Ausdruck²⁹¹: Demnach „verbietet und beendet jeder Vertragsstaat jede

²⁸⁴ Resolution 2106A (XX) der Generalversammlung der UNO vom 21. Dezember 1965, in Kraft getreten am 4. Januar 1969.

²⁸⁵ Ratifizierung durch Gesetz vom 9. Mai 1969, BGBl. 1969 II, 961.

²⁸⁶ Ratifizierung durch Gesetz Nr. 654 vom 13. Oktober 1975 (GU 337/1975).

²⁸⁷ Zum hier vorliegenden „sozialen Rassenbegriff“ im Sinne einer Selbstidentifizierung der betroffenen Person mit einer bestimmten „rassischen“ Gruppe, vgl. *Britz*, EuGRZ 2002, 381 (384), *Rudolf/Mahlmann-Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 49, *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S.106.

²⁸⁸ In der (völkerrechtlich verbindlichen) englischen Version „*national origin*“.

²⁸⁹ In der (völkerrechtlich verbindlichen) englischen Version „*ethnic origin*“. Das CERD enthält zum ersten Mal auf völkerrechtlicher Ebene als verbotenen Differenzierungsgrund die „ethnische Herkunft“ (in der deutschen Fassung „Volkstum“).

²⁹⁰ Zu den verschiedenen Diskriminierungsformen unten Teil 4, B.I.

²⁹¹ Vgl. *Körner*, ZRP 2005, 223 (223).

durch Personen, Gruppen oder Organisationen ausgeübte Rassendiskriminierung mit allen geeigneten Mitteln einschließlich der durch die Umstände erforderlichen Rechtsvorschriften“. Auf diese Weise wird das Diskriminierungsverbot in Form eines Gesetzgebungsauftrages auf die Privatrechtsbeziehungen erstreckt²⁹². Daneben ermöglicht der Pakt auch ausdrücklich Sondermaßnahmen zur Verwirklichung der *de-facto*-Gleichheit, um die angemessene Entwicklung spezieller schutzbedürftiger Gruppen zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 4 IÜBFR).

Art. 2 Abs. 1 (d) IÜBFR stellt die zentrale Bestimmung für die Umsetzung von Art. 5 (f) IÜBFR dar²⁹³. Art. 5 IÜBFR konkretisiert die Verpflichtungen der Vertragsstaaten insofern, als er sie dazu verpflichtet, Rassendiskriminierungen jeder Form zu verbieten und das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz nicht nur auf den Gebieten der Rechtspflege (a), der öffentlichen Sicherheit (b), der politischen (c) und bürgerlichen Rechte (d) zu gewährleisten, sondern auch im Rahmen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (e), sowie (f) „insbesondere beim Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung der Öffentlichkeit vorgesehen ist, einschließlich von Verkehrsmitteln, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theatern und Parks“. Zwar ergibt sich aus Artikel 5 kein unmittelbares subjektives Recht²⁹⁴ potentiell Diskriminierter auf ungehinderten Zugang zu Cafés, Hotels, usw., doch stellt er für die Vertragsstaaten umfassende Verpflichtungen zum Ergreifen von Maßnahmen gegen Ungleichbehandlungen im Privatrechtsverkehr auf, die unter anderem die diskriminierungsfreie Ausgestaltung ihre Vertragsrechts mitumfassen. Er macht damit zusammen mit Art. 2 die Verpflichtung der Signatarstaaten deutlich, in die Verhältnisse Privater regelnd einzugreifen, um Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr möglichst umfassend entgegenzuwirken²⁹⁵. Vervollständigt werden diese staatlichen Schutzpflichten durch Art. 6 IÜBFR, der den Mitgliedstaaten zur Durchsetzung dieser Rechte die Gewährung effektiven Rechtsschutzes auferlegt. Beachtung verdient in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des zuständigen UN-Ausschusses, der den Nichtabschluss von Darlehensverträgen mit Aus-

²⁹² Rudolf/Mahlmann-Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 2, Rn. 33, *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1397 f.).

²⁹³ Vgl. ausführlich *Fries*, Die Bedeutung von Artikel 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, S. 115 ff.

²⁹⁴ *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1399).

²⁹⁵ S. *Britz*, EuGRZ 2002, 381 (386).

ländern in Dänemark beanstandet hat²⁹⁶. In gewissem Umfang lässt der Pakt außerdem kompensatorische Begünstigungen ethnischer Minderheiten zu²⁹⁷. In Deutschland ist auf der Grundlage dieser völkerrechtlichen Vorgaben immer wieder der Erlass eines privatrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse gefordert worden²⁹⁸.

Das IÜBFR sieht im Übrigen die Möglichkeit einer Individualbeschwerde vor, die dem Einzelnen oder Personengruppen die Möglichkeit gibt, vor dem Ausschuss in Form von „Mitteilungen“ eine Verletzung der im Übereinkommen gewährten Rechte durch einen Vertragsstaat geltend zu machen (Art. 14 IÜBFR)²⁹⁹.

2. Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau

Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (im Folgenden ÜBDF)³⁰⁰ beschreibt in seiner Eingangsbestimmung in Anlehnung an das IÜBFR den Begriff „Diskriminierung der Frau“ als „jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, deren Folge oder Ziel es ist, die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstandes – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich zu vereiteln oder zu beeinträchtigen“. Im Gegensatz zum IÜBFR fehlt es zum einen bei dieser Definition an der Einbeziehung des Konzepts der „Bevorzugung“; zum anderen erfolgt keine Einschränkung auf das „öffentliche Leben“, da die Gleichberechtigung der Frau gerade auch im Privatbereich gewährleistet werden soll³⁰¹.

²⁹⁶ Die Entscheidung ist abgedruckt in EuGRZ 2002, 398 ff.

²⁹⁷ Näher *Britz*, EuGRZ 2002, 381 (385).

²⁹⁸ So *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 93 ff., *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 289 ff.

²⁹⁹ Vgl. dazu näher *Britz*, EuGRZ 2002, 381 ff.

³⁰⁰ Resolution 34/180 der Generalversammlung der UNO vom 18. Dezember 1979 (in Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 10. Juli 1985, BGBl. 1985 II, 648, in Italien durch Gesetz Nr. 132 vom 14. März 1985, GU 89/1985).

³⁰¹ Vgl. bspw. Art. 5 und Art. 16 CEDAW.

Das ÜBDF beschränkt sich nicht auf die Gleichheit vor dem Gesetz und einen gleichen Schutz durch das Gesetz, sondern bestimmt weitergehend Maßnahmen, die auf eine Gleichheit nicht nur *de jure*, sondern *de facto* in allen genannten Bereichen des Lebens abzielen: Während Art. 3 ÜBDF zur Frauenförderung verpflichtet, gibt Art. 4 ÜBDF – „ein Meilenstein im Rahmen der Ausarbeitung der sog. positiven Maßnahmen“³⁰² – die Möglichkeit, Sondermaßnahmen bis zur Erreichung faktischer Gleichberechtigung zuzulassen, womit auch die Benachteiligung von Männern verbunden sein kann³⁰³. Damit zielt das ÜBDF nicht auf eine formale Gleichbehandlung der Geschlechter, sondern auf die tatsächliche Gleichstellung der Frauen; ihm ist daher eine Orientierung am substantiellen Gleichheitsmodelle eigen³⁰⁴. Beachtung verdient in diesem Zusammenhang auch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das sich im Rahmen Hinblick auf die Pflicht zur Beseitigung faktischer Diskriminierungen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) explizit auf das ÜBDF gestützt hat.

Dass nicht nur die Vertragsstaaten selbst zur Unterlassung von Frauen-diskriminierung verpflichtet sind (Art. 2 (d), (f), (g) ÜBDF), sondern auch private Diskriminierungen zu unterbinden haben, wird insbesondere durch Art. 2 (e) ÜBDF verdeutlicht: Dieser erstreckt die staatliche Handlungspflicht auf die Ergreifung geeigneter Maßnahmen zum Schutz vor privaten Diskriminierungen.

Das Fakultativprotokoll zum Individualbeschwerderecht und zum Untersuchungsrecht aus dem Jahr 1999, dem sich sowohl Deutschland als auch Italien unterworfen haben³⁰⁵, ermöglicht nicht nur ein Tätigwerden des Betroffenen, sondern auch ein Verbandsbeschwerdeverfahren. Den Verbänden stehen außerdem Initiativmöglichkeiten zu, wenn der Ausschuss aufgrund von Anhaltspunkten für schwerwiegende Verletzungen der im Pakt niedergelegten Rechte von sich aus tätig wird³⁰⁶.

³⁰² Scarponi/Stenico, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 426.

³⁰³ Vgl. Rudolf/Falke-Giegerich, AGG, Einl., Rn. 104.

³⁰⁴ Näher Schiek, ELJ 2002, S. 290 (303 f.), s.a. Eichenhofer, DVBl 2001, 1078 (1081 f.).

³⁰⁵ Resolution 54/4 der Generalversammlung der UNO vom 6. Oktober 1999, in Kraft getreten am 22. Oktober 2000.

³⁰⁶ Körner, ZRP 2005, 223 (224 f.).

IV. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Neben der Bezugnahme auf die dem universellen Völkerrecht angehörenden Verträge³⁰⁷ erwähnen die Erwägungsgründe der Richtlinie³⁰⁸ außerdem die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden EMRK)³⁰⁹.

Die EMRK hat sowohl in Italien als auch in Deutschland Gesetzesrang und bestimmt in Art. 14, dass die „in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten“ ohne Diskriminierung³¹⁰ wegen der auch im IPBPR genannten zwölf Merkmale zu gewähren sind³¹¹; diesen wird zusätzlich das Merkmal der nationalen Minderheit hinzugefügt. Auch hier ist die Aufzählung nicht erschöpfend, was wiederum durch die Formulierung („insbesondere“... „sonstigen Status“) verdeutlicht wird³¹². An

³⁰⁷ Neben den Konventionen zur Beseitigung von Rassendiskriminierung und der Diskriminierung der Frau wurde am 13. Dezember 2006 auch die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen verabschiedet (Resolution 61/106 der Generalversammlung der UNO, abrufbar unter www.un.org/esa/socdev/enable/). Sie ist am 30. März 2007 als bislang erste Menschenrechtskonvention auch von der Europäischen Gemeinschaft unterzeichnet worden und konnte am 3. Mai 2008 in Kraft treten. Bisher (Stand: Februar 2009) ist sie allerdings weder von Deutschland noch von Italien ratifiziert worden.

³⁰⁸ Vgl. Fn. 250.

³⁰⁹ Ratifiziert in Deutschland mit Gesetz vom 5. Dezember 1952, BGBl. 1952 II, 685, in Italien durch Gesetz vom 4. August 1955 Nr. 848, GU 221/1955. Nicht eingegangen werden soll vorliegend auf die Europäische Sozialcharta, die 1961 unterzeichnet und 1991 revidiert worden ist. Sie bezieht sich ausschließlich auf den Gleichbehandlungsschutz im Bereich Beschäftigung und Beruf, und findet in den Erwägungsgründen der Richtlinien keine Erwähnung.

³¹⁰ Die französische Version spricht in Anlehnung an die UN-Charta von „*distinction*“. Im Belgischen Sprachenfall hat der Gerichtshof klargestellt, dass im Rahmen von Art. 14 EMRK nicht jede unterschiedliche Behandlung von Rechten verboten und die französische Formulierung im Sinne des restriktiveren englischen Texts („*without discrimination*“) auszulegen sei, s. Urteil vom 23. Juli 1968, Ser. A, Nr. 6 (1979/80), EHRR 252. Vgl. *Bossuyt*, in *Bringing International Human Rights Law Home*, S. 96.

³¹¹ Näher zum Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft in der EMRK *Saccucci*, *Diritti dell'uomo* 2005, S. 11 ff.

³¹² Schutz wurde bisher unter anderem aufgrund der sexuellen Orientierung (EGMR, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal* (Beschwerde-Nr. 33290/96), Urteil vom 21. Dezember 1999), der unehelichen Geburt, (EGMR, *Marckx v. Belgien*, (Reihe A, Nr. 31), Urteil vom 13. Juni 1979) und einer Behinderung (EGMR, *Mandy Malone v. Vereinigtes Königreich* (Beschwerde-Nr. 25290/94), Urteil vom 28. Februar 1996) gewährt. Weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Saccucci*, *Diritti dell'uomo* 2005, S. 11 (15 f.).

das in Art. 14 EMRK aufgestellte Verbot sind Privatpersonen nicht unmittelbar gebunden³¹³: Es richtet sich an die Vertragsstaaten, die insoweit auch eine Schutzpflicht trifft, die entsprechende Maßnahmen bzw. Eingriffe in Bezug auf Diskriminierungen Privater erforderlich machen kann³¹⁴. Art. 14 EMRK verkörpert ein nur akzessorisches Diskriminierungsverbot³¹⁵; dabei reicht es zwar aus, dass unzulässige Unterscheidungen im *Schutzbereich* eines Konventionsrechts getroffen werden³¹⁶, allerdings läuft die Akzessorietät im Ergebnis darauf hinaus, dass vor Diskriminierungen hinsichtlich der in der EMRK nicht erfassten wirtschaftlichen und sozialen Rechte nicht geschützt wird³¹⁷.

Zwar ist das akzessorische Diskriminierungsverbot mittlerweile durch das am 1. April 2005 in Kraft getretene Zusatzprotokoll Nr. 12³¹⁸ zu einem eigenständigen Diskriminierungsverbot weiterentwickelt worden: Das Verbot bezieht sich nunmehr auf Diskriminierungen im Anwendungsbereich „eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechts“ und ist nicht mehr auf den Schutzbereich von Konventionsrechten beschränkt. Allerdings fehlt es weiterhin sowohl an der Ermächtigung zu positiven Aktionen, als auch an einem Gebot zur Angleichung der Lebensverhältnisse von Männern und Frauen. Zudem ist das Protokoll bis dato von nur siebzehn Vertragsstaaten – zu denen aber weder Deutschland noch Italien gehört – ratifiziert worden³¹⁹.

B. Diskriminierungsschutz in der Europäischen Union

Die völkerrechtlichen Regelungen verkörpern den Rahmen, in den die Entwicklung des Diskriminierungsschutzes auf europäischer Ebene eingebunden ist. Insgesamt

³¹³ Ehlers, JURA 2000, 372 (377).

³¹⁴ Frowein-Peukert-Peukert, EMRK, Art. 14, Rn. 18 unter Hinweis auf Art. 25 EMRK (Individualbeschwerderecht).

³¹⁵ Näher Saccucci, Diritti dell'uomo 2005, S. 11 (13 ff.).

³¹⁶ So Frowein-Peukert-Peukert, EMRK, Art. 14, Rn. 9.

³¹⁷ Kritisch Hepple, MLR 2004, 1 (5).

³¹⁸ Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2001, SEV-Nr. 177. Nach Erreichen der notwendigen zehn Ratifikationen ist es am 1. April 2005 in Kraft getreten.

³¹⁹ Deutschland und Italien haben das Protokoll bislang lediglich unterzeichnet (Stand: Februar 2009).

zeugen sie von einem relativ weitreichenden Diskriminierungsschutz und machen damit deutlich, dass die auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene nunmehr vorhandenen Bestimmungen keineswegs einen „diskriminierungsrechtlichen Vorposten“³²⁰ verkörpern. Die „neuen“ Antidiskriminierungsrichtlinien liefern aber die unmittelbaren normativen Grundlagen, auf die sich die jeweiligen nationalen Regelungen gründen; ihre Fundamente wiederum finden sich in zwei mit dem Vertrag von Amsterdam neu eingeführten Bestimmungen, die nachfolgend als erstes dargestellt werden sollen.

I. Der EG-Vertrag: Diskriminierungsverbote der „Ersten“ und „Zweiten Generation“

Die Gründungsverträge enthalten keinen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern lediglich punktuelle Gleichheitsgewährungen, unter die insbesondere das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV) sowie der – bereits in den siebziger Jahren als „Grundrecht“ der Gemeinschaft umschriebene³²¹ – Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 141 EGV³²²) fallen.

³²⁰ Däubler/Bertzbach-Blanke-Graue, AGG, Einl., Rn. 194.

³²¹ Das Gleichbehandlungsgebot als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH bereits in der Rs. C-1/72 (Frili), Slg. 1972, I-457 erwähnt; den allgemeinen Gleichheitssatz anerkannt hat er zum ersten Mal im Jahr 1977, vgl. EuGH, verb. Rs. C-117/76 und 16/77 (Rückdeschel), Slg. 1977, I-1753. Vgl. im Detail Kischel, EuGRZ 1997, 1 (3 f.).

³²² In systematischer Hinsicht wurde die Bestimmung zwar von Beginn an im Rahmen der Sozialpolitik der Gemeinschaft platziert. Wie allgemein bekannt ist, wurde Art. 141 EGV (damaliger Art. 119 EWGV) allerdings auf Drängen Frankreichs im Primärrecht verankert, das Wettbewerbsnachteile befürchtete, da das französische Recht im Gegensatz zu anderen nationalen Vorschriften bereits Bestimmungen enthielt, die vor Diskriminierungen im Bereich des Arbeitsrechts schützten. Der Grund für die Einfügung der Bestimmung war nicht selten Gegenstand von Kritik, vgl. bspw. *Fredman*, ILJ 1992, 119 (130); s.a. *Fenwick/Hervey*, CMLR 1995, 443 (448), die feststellen, dass „*social benefits are conceived of as a by-product of, or adjunct to, economic integration*“. Die anfängliche Beschränkung von Art. 141 EGV auf das Arbeitsentgelt ist im Sekundärrecht mit Erlass der Richtlinie 76/207/EWG (ABl. 1976 L 39/40) überwunden worden, die ein allgemeines Gleichbehandlungsprinzip im Bereich Beschäftigung und Beruf festlegt. Der EuGH hat den Diskriminierungsschutz im Rahmen der RL 206/76/EWG im Übrigen nicht auf die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht beschränkt, sondern auch bzgl. Geschlechtsumwandlungen bejaht, vgl. EuGH, Rs. C-13/94 (P. gegen S.), Slg. 1996, I-2143.

Siehe dazu *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (852 ff.).

Auf der Grundlage des mit dem Vertrag von Amsterdam³²³ eingefügten Art. 13 EGV³²⁴ wurden der Gemeinschaft neue Kompetenzen und dem Diskriminierungsschutz auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene neue Dimensionen verliehen: Neben der Verankerung des Gleichstellungsauftrags von Mann und Frau als Gemeinschaftsaufgabe in Art. 2 EGV und einer entsprechenden Förderungspflicht in Art. 3 II EGV ermächtigt Art. 13 EGV seither den Rat dazu, „unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags „im Rahmen der durch den Vertrag der Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“³²⁵ geeignete Vorkehrungen zu treffen, um „Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“.

Mit dieser neuen Norm, die kein unmittelbares Verbot statuiert, sondern lediglich kompetenzgebend wirkt, werden die Diskriminierungsverbote der sogenannten „Ersten Generation“ – Art. 141 (Geschlecht) und Art. 12 EGV (Staatsangehörigkeit) um neue Aspekte erweitert.

Das von Anfang an in den Gründungsverträgen enthaltene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt als ein Leitmotiv des EG-Vertrags. Seine marktintegrative Funktion zielt auf die Überwindung nationaler Grenzen und damit einhergehend auf die Ermöglichung der effektiven Anwendung der Freiheit des Personen-, Dienstleistungs-, Waren-, Kapital- und Zahlungsverkehrs, die als weitere besondere Diskriminierungsverbote fungieren. Dies verdeutlicht die

³²³ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union vom 2. Oktober 1997, ABl. 1997 C 340/1. Vgl. zu den vor dem Vertrag von Amsterdam bestehenden Regelungen *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (853 ff.)

³²⁴ Zu den Gründen der Neuregelung *Bell*, Antidiscrimination Law, S. 191 ff. S. des weiteren den Beschluss des Rates vom 27. November 2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006), ABl. 2000 L 303/23, sowie die Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern (2006-2010), KOM (2006) 92 endg. Art. 13 EGV ist im Rahmen des Vertrags von Nizza (ABl. 2001 C 80/1) durch einen zweiten Absatz ergänzt worden, der die Grundlage für Beschlüsse des Rates für gemeinschaftliche *Fördermaßnahmen* bildet, die zur Verwirklichung der in Art. 13 Abs. 1 genannten Ziele beitragen.

³²⁵ Zu den kontroversen Diskussionen hinsichtlich dieser einschränkenden Formulierung und damit einhergehender beschränkter Handlungskompetenzen vgl. *Wernsmann*, JZ 2005, 224 (229). *Bell*, Antidiscrimination Law, S. 128 ff., *Neuner*, ERCL, 2006, 35 (49 f.), sowie die Meinungsdarstellungen bei *Schiek-Schiek*, AGG, Einl. Rn. 33 und *Rudolf/Mahlmann-Mahlmann*, AGG, § 3, Rn. 55.

Verbindung des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit mit den im Gründungsvertrag festgelegten wirtschaftlichen Zielen: Das Verbot existiert im EGV nicht als Prinzip *per se*, sondern hat eine ganz bestimmte Funktion, nämlich das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten³²⁶. Erst der EuGH sprach aus, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ein „spezifischer Ausdruck“³²⁷ bzw. eine „besondere Ausformung“³²⁸ des als Unionsgrundrecht anerkannten allgemeinen Gleichheitssatzes darstellt, der als eines „der grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts“³²⁹ gilt.

Daneben bildet die Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts einen traditionellen Bereich gemeinschaftsrechtlicher Aktivitäten. Auch in diesem Bereich hat sich durch den Vertrag von Amsterdam eine Weiterentwicklung der ursprünglich „schlafenden“³³⁰, weil auf das Arbeitsentgelt beschränkten Bestimmung des Art. 141 EGV vollzogen: Dessen Abs. 3 EGV liefert seitdem die Grundlage für Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in *sämtlichen* Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Damit wird das primärrechtliche Gleichbehandlungsgebot auf das gesamte Arbeitsverhältnis ausgeweitet und ist nicht mehr nur auf Entgeltsaspekte beschränkt. Art. 141 Abs. 3 EGV stellt dabei im Rahmen des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen gegenüber Art. 13 EGV die speziellere Bestimmung dar. Zudem enthält Abs. 141 EGV mit Abs. 4 nunmehr eine Rechtsgrundlage für den Erlass sog. positiver Maßnahmen. Die Entscheidung hierüber bleibt allerdings den Mitgliedstaaten

³²⁶ Dazu *Tesauero*, *Il Diritto dell'Unione Europea* 1999, 1 (2 ff.), *Chiti*, *Riv. ital. dir. pubbl. com.* 2000, 851 (851.)

³²⁷ Vgl. EuGH RS. C-810/79 (Überschär), Slg. 1980, I-2747, Rn. 16. Vgl. näher *Tesauero*, *Il Diritto dell'Unione Europea* 1999, S. 1 ff.

³²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-147/79 (Hochstrass), Slg. 1980, I-3005, Rn. 7.

³²⁹ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-117/76 und 16/77 (Rückdeschel), Slg. 1977, I-1753. In der Rechtssache *Angonese* (C-281/98), Slg. 2000, I-4139 hat der Gerichtshof darüber hinaus die Horizontalwirkung von Art. 12 EGV trotz Nichtvorliegens eines Machtgefälles anerkannt; zuvor hatte er eine unmittelbare Drittwirkung lediglich bei Vorliegen einer besonderen Machtdivergenz bejaht, vgl. EuGH, Rs. 415/93 (*Bosman*), Slg. 1996, I-4921 (zur Arbeitnehmerfreizügigkeit) und EuGH, Rs. 36/47 (*Walrave*), Slg. 1974, I-1405 (zur Dienstleistungsfreiheit). Die Annahme, Private könnten aus Art. 12 EGV unmittelbar verpflichtet werden, hat in der Literatur teils heftige Kritik erfahren, vgl. bspw. *Streinz/Leible*, *EuZW* 2000, 459 (464 ff.) m.w.N.

³³⁰ So Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, *Gleichbehandlungsrecht*, § 3, Rn. 11.

überlassen: Denn diese sind nicht etwa verpflichtet, sondern lediglich nicht daran *gehindert*, „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“³³¹.

Von der im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 ÜBDF getroffenen Regelung unterscheidet sich Art. 141 Abs. 4 EGV insofern, als dass letzterer „der liberalen Ausrichtung des Gemeinschaftsrechts gemäß“³³² neutral formuliert ist – denn die Rede ist vom „unterrepräsentierten Geschlecht“ –, während die internationale Bestimmung ausdrücklich auf die „Frau“ Bezug nimmt. Damit wird lediglich Art. 4 Abs. 1 ÜBBDF der Tatsache gerecht, dass innerhalb einer geschützten Merkmalsgruppe Vor- und Nachteile unterschiedlich verteilt werden und Diskriminierung regelmäßig zum Nachteil einer bestimmten Gruppe verläuft³³³.

Haben die neuen Bestimmungen des EGV trotz dieser Defizite ein „goldenes Zeitalter“³³⁴ der Antidiskriminierungsgesetzgebung eingeläutet? Obwohl Art. 13 EGV als ein „Quantensprung nach vorn bei der Bekämpfung von Diskriminierungen auf EU-Ebene“ bezeichnet wurde, da er der Gemeinschaft die Befugnis verleiht, Diskriminierungen wegen eines „umfassenden neuen Spektrums von Gründen anzugehen“³³⁵ und ihm keine bereichsspezifischen Beschränkungen inne sind, ist daran zu erinnern, dass die neue Kompetenznorm gerade kein Diskriminierungsverbot festlegt, sondern dem Rat nur die normative Macht verleiht, um die erwähnten Diskriminierungsformen zu bekämpfen³³⁶. Anders war dies noch in den Vorarbeiten der

³³¹ Die Bestimmung schließt an die Rechtsprechung des EuGH zu den „Frauenquoten“ an, vgl. EuGH, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-6907. Damit werden spezifische Vergünstigungen zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts ausdrücklich im Primärrecht und nicht mehr nur im Sekundärrecht zugelassen (vgl. Art. 2 Abs. 4 der früheren RL 76/207/EWG, der vom EuGH grundsätzlich restriktiv ausgelegt wurde), dazu *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (399 f.) und *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (869 f.).

³³² So *Scarponi/Stenico*, in *Barbera*, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 427. Vgl. auch *Gianformaggio*, LD 1992, 187 ff.

³³³ Zum Konzept der individuellen Gerechtigkeit vgl. Teil 1, A. I.

³³⁴ *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (399).

³³⁵ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zur Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union, KOM (2004) 379 endg., S. 9.

³³⁶ Dazu *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 870 (872). Vgl. jetzt auch EuGH, Rs. C-13/05 (Chacón Navas), Slg. 2006, I-6467. Vor Inkrafttreten der Bestimmungen plädierten für eine unmittelbare Anwendbarkeit *Szczekalla*, EuZW 1998, 212 (215 f.) und *Cirkel*, NJW 1998, 3332 (3333).

Regierungskonferenz gewesen, wo ursprünglich ein Verzeichnis autonomer Rechte und *parallel* dazu die notwendigen prozeduralen Mechanismen vorgesehen waren, um deren Beachtung und Anwendung zu garantieren³³⁷. Da Art. 13 EGV im Gegensatz zu Art. 12 und 141 EGV keine unmittelbare Wirkung³³⁸ entfaltet, wurde in dieser Hinsicht kritisch angemerkt, dass der EGV die „Sprache der Macht und nicht die Sprache der Rechte“³³⁹ spreche³⁴⁰. Seinem Wortlaut nach („kann der Rat (...) *geeignete Vorkehrungen* treffen“) verleiht Art. 13 EGV lediglich die Kompetenz, gegen Diskriminierungen in geeigneter Weise vorzugehen. Der Bestimmung kann daher auch keine Rechtspflicht in Form einer Handlungsverpflichtung zum Erlass von Sekundärrecht entnommen werden; vielmehr kann der Rat – er muss aber nicht – auch andere Vorkehrungen wie beispielsweise bloße Fördermaßnahmen³⁴¹ treffen.

Vergleicht man die beiden Bestimmungen des Art. 13 und 141 Abs. 3 EGV, so fällt auf, dass durch sie eine Hierarchie der Gleichheitsrechte im Primärrecht verkörpert wird: Art. 13 EGV ermächtigt zu Maßnahmen zur *Bekämpfung von Diskriminierungen* aufgrund von Geschlecht, Rasse, ethnischer Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung, Art. 141 Abs. 3 hingegen zu Maßnahmen zur *Gewährleistung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung* von Männern und Frauen. Während die Zielrichtung von Art. 13 EGV damit dem Wortlaut nach rein abwehrend ist, enthält Art. 141 Abs. 3 EGV einen

³³⁷ S. Anhang 15 (Regierungskonferenz), Bulletin EU, 12-1995, 52 (54). Auch die „*Starting Line Group*“, eine seit 1991 existierende, aus mehr als 400 NGOs bestehende Gruppierung zum Kampf gegen Rassismus, sowie das Europäische Parlament hatten die Direktwirkung von Art. 13 EGV gefordert, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus und zu den Resultaten des Europäischen Jahres gegen Rassismus (1997), Protokoll vom 29. Januar 1998, B4-0108/98. Dazu *Waddington/Bell*, ILJ 1996, 320 (320). *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (866 ff.).

³³⁸ Unmittelbare Anwendbarkeit in zweifachem Sinne: Der Grundsatz wirkt im nationalen Recht, ohne durch dieses umgesetzt werden zu müssen, und entfaltet dabei uneingeschränkte horizontale Wirkung, vgl. *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, ZGR 1999, Sonderheft 15, 113 (384). Vgl. auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 ff. m.w.N. Aus der Rechtsprechung EuGH Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, und schon EuGH, Rs. C-43/75 (Defrenne), Slg. 1976, 455.

³³⁹ So treffend *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (407), ähnlich auch *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (862).

³⁴⁰ Zu weiterer Kritik an Art. 13 *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (871 ff.).

³⁴¹ Vgl. Fn. 324 a.E.

positiven Gestaltungsauftrag. Im Rahmen des Primärrechts nimmt das Merkmal „Geschlecht“ somit die herausragende Stellung ein³⁴².

Im Vergleich zu den oben dargestellten völkerrechtlichen Bestimmungen zeigt sich, dass der EGV hinsichtlich der Diskriminierungsgründe großteils hinter diesen zurückbleibt. Einzig hinsichtlich des Merkmals der sexuellen Ausrichtung geht das EU-Primärrecht über die Schutzbestimmungen im Völkerrecht hinaus. Dagegen fehlt eine Bezugnahme auf Merkmale wie soziale Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status, wie man sie beispielsweise im IPBPR finden kann.

Art. 13 EGV erfüllt auch keine unmittelbare Garantiefunktion hinsichtlich der Ausübung und des Genusses formal anerkannter Rechte³⁴³. Es wäre wünschenswert gewesen, Art. 13 EGV neben dem rein prozeduralen Mechanismus ein Verzeichnis autonomer Rechte sowie eine Öffnungsklausel hinzuzufügen, die es ermöglicht hätte, dem Entstehen neuer Sensibilitäten für diskriminierende Ausgrenzungen Rechnung zu tragen bzw. den Kanon der vorhandenen Diskriminierungsmerkmale den gesellschaftlichen Entwicklungen entsprechend anzupassen und zu erweitern.

II. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Die Europäische Grundrechtscharta³⁴⁴ spiegelt nach überwiegender Ansicht die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten wider³⁴⁵. Durch die Vereinigung von Rechten der Ersten und Zweiten Generation trägt sie auf den ersten Blick auch der Unteilbarkeit der Menschenrechte³⁴⁶ Rechnung. Dass die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte im Ergebnis aber doch hinter den traditionellen bürgerlichen und politischen Rechten zurückstehen, wird an Art. 51 Abs. 1 GrCh erkennbar, der mit der Unterscheidung zwischen bloßen „Grundsätzen“ – an die sich Union und

³⁴² Dazu auch *Gottardi*, GDLRI 2003, 447 (453).

³⁴³ Vgl. *Chiti*, Riv. ital. dir. pubbl. com. 2000, 851 (872).

³⁴⁴ ABl. 2007 C 303/1.

³⁴⁵ Ehlers-Calliess, Europäische Grundrechte, § 19, Rn. 18. Es erscheint allerdings verfehlt, in diesem Zusammenhang derart pauschale Aussagen zu treffen; s. im Detail den analysierenden Vergleich einiger mitgliedstaatlicher Verfassungen bei *Somma*, Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo, S. 91 ff.

³⁴⁶ Vgl. oben bei Fn. 265.

Mitgliedstaaten lediglich zu „halten“ haben – und „Rechten“ – die sie „achten“ müssen – die Unterscheidung zwischen Rechten der Ersten und der Zweiten Generation wieder aufleben lässt³⁴⁷.

In dem mit „Gleichheit“ überschriebenen Titel III enthält die Charta (im Folgenden GrCh) mehrere Bestimmungen in Form von subjektiven öffentlichen Rechten und Zielbestimmungen des Unionshandelns³⁴⁸. Sie stellt Art. 20 GrCh, der ähnlich dem Grundgesetz³⁴⁹ die Gleichheit aller *Personen* vor dem Gesetz, und damit die bloß formelle Gleichheit garantiert³⁵⁰, mit Art. 21 GrCh und 23 GrCh besondere Diskriminierungsverbote zur Seite: Art. 21 GrCh statuiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot mit einem nicht abschließend formulierten Katalog von Diskriminierungsmerkmalen: er umfasst nicht nur die in Art. 13 genannten Diskriminierungsgründe, sondern erstreckt sich auch auf die Merkmale Hautfarbe, soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen und Geburt (Abs. 1)³⁵¹ sowie die Staatsangehörigkeit (Abs. 2). Gegenstand von Art. 21 GrCh ist ein (rein negativ formuliertes) Diskriminierungsverbot, das keinerlei Maßnahmen zum Ausgleich eventuell vorhandener Differenzierungen vorsieht. Bestätigt wird das Diskriminierungsverbot des Art. 21 GrCh durch Art. 22 GrCh, der gebietet, die kulturelle, religiöse und sprachliche Diversität zu „achten“; diese Formulierung macht aus Art. 22 GrCh eine rein programmatische Regelung, die keine unmittelbar anwendbaren Bestimmungen enthält und keinerlei positiven Handlungen zum Schutz oder zur Garantie von Diversität mitumfasst; dies wäre anders

³⁴⁷ Nur die Rechte der Ersten Generation sind in der Charta durchgehend als „Rechte“ garantiert. Kritik dazu bei *Somma*, Pol. dir. 2004, S. 263 (273 ff.), *ders.*, in *Alpa*, Il Common Frame of Reference, *Fredman*, ELJ 2006, 41 (43, 56 ff.), *Mc Crudden*, Jean Monnet Working Paper n. 10/01, S. 15 f.

³⁴⁸ Die nachfolgend erwähnten Normen werden dabei durch Art. 24 (Rechte des Kindes), Art. 25 (Rechte älterer Menschen) und Art. 26 (Integration von Menschen mit Behinderung) ergänzt. Kritisch zur Begrenztheit der in der Charta enthaltenen Diskriminierungsverbote *Somma*, Pol. dir. 2004, 263 (277 ff.).

³⁴⁹ Während Art. 3 Abs. 1 GG als Menschenrecht unabhängig von der Staatsangehörigkeit konzipiert ist, stellt Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* (wie der Großteil der mitgliedstaatlichen Verfassungen) ein Staatsbürgerrecht dar, vgl. näher Bifulco/Cartaria/Celotto-Celotto, *L'Europa dei diritti*, Art. 20, S. 166. Näher zur deutschen und italienischen Verfassung, unten Teil 3.

³⁵⁰ Die grundsätzliche Anerkennung substantieller Gleichheit, wie dies beispielsweise in der *Costituzione* der Fall ist (dazu Teil 3, B.II), fehlt.

³⁵¹ Kritisch zu der „tendenziell grenzenlosen Ausdehnung des Diskriminierungsverbots“ *Basedow*, ZEuP 2008, 230 (248).

gewesen, hätte man Verben wie „garantieren“ oder „schützen“ verwendet³⁵². Vermisst wird auch eine Bezugnahme auf die traditionellste Form des Schutzes der Diversität, wie sie im Schutz nationaler Minderheiten Ausdruck findet und beispielsweise in der italienischen Verfassung enthalten ist³⁵³.

Als *lex specialis* geht Art. 23 GrCh sowohl dem allgemeinen Gleichheitssatz als auch dem Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts vor. Nach dieser Vorschrift ist „die Gleichheit von Frauen und Männern (...) in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts sicherzustellen“ (Abs. 1). Unter Nennung der traditionellen Bereiche des Gemeinschaftsrechts – Beschäftigung, Arbeit und Arbeitsentgelt – erstreckt sich die Regelung damit auf sämtliche Bereiche des sozialen Lebens. Dabei geht es nicht nur um die (passive) Anerkennung und Achtung der Geschlechtergleichheit, sondern auch um ihre aktive Förderung³⁵⁴. Die Bezugnahme auf das Konzept der „Gleichheit“ verdeutlicht zudem die Offenheit der Bestimmung für sämtliche Ebenen des Gleichheitskonzepts³⁵⁵. Abs. 2 lässt zum Ausgleich struktureller Benachteiligungen positive Maßnahmen zugunsten des „unterrepräsentierten Geschlechts“ – die Charta wählt damit wie der EGV eine „neutrale“ Formulierung – zu. Diese sind über Art. 141 EGV hinaus in sämtlichen Lebensbereichen zu gewähren, und damit nicht auf den Beschäftigungssektor beschränkt.

Bisher ist die Charta der Grundrechte nicht verbindlich, sondern gibt hinsichtlich der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung garantierten Grundrechte lediglich als Rechtserkenntnisquelle Aufschluss. Obwohl sie demzufolge weder für den EuGH noch für das Gericht erster Instanz Bindungswirkung entfaltet, haben beide Gerichte im Rahmen ihrer Entscheidungen bereits mehrmals auf die Charta zurückgegriffen³⁵⁶. Auch

³⁵² Lediglich in der englischen Fassung wird das Verb „*respect*“ durch „*shall*“ ergänzt, was die Formel „verbindlicher“ macht, vgl. näher Bifulco/Cartabia/Celotto-*Celotto*, L’Europa dei diritti, Art. 22, S. 177.

³⁵³ Vgl. Art. 6 *Costituzione*, dazu auch Teil 3, B.I. Zu pauschal erscheint daher auch die Aussage, die Charta der Grundrechte gehe im Bereich Nichtdiskriminierung über die Verfassungen der Mitgliedstaaten hinaus, so aber Schiek-*Schiek*, AGG, Einl., Rn. 30.

³⁵⁴ Meyer-*Hölscheidt*, Charta, Art. 23, Rn. 15 und 18. Bifulco/Cartaria/Celotto-*Brunelli*, L’Europa dei diritti, S. 180 f.

³⁵⁵ Vgl. zu den unterschiedlichen Gleichheitsebenen Teil 1, A. S. a. Meyer-*Hölscheidt*, Charta, Art. 23, Rn. 16.

³⁵⁶ Das EuG bspw. in Rs. T 54/99 (Max Mobil), Slg. 2002, II-313, Rs. T. 177/01 (Jègo-Quèrè), Slg. 2002, II-2365. Der EuGH äußerte sich allerdings zurückhaltender, vgl. Rs. C- 245/01 (RTL Television),

einige Generalanwälte haben in ihren Schlussanträgen auf sie Bezug genommen³⁵⁷ und betont, dass sie unabhängig von ihrer Rechtsnatur nicht nur eine „Aufzählung rein moralischer Grundsätze“³⁵⁸ sei.

Nach Art. 6 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon soll die Grundrechtscharta in Zukunft aber im Rang der Gründungsverträge stehen³⁵⁹; mit seinem Inkrafttreten wären dann auch die im Folgenden dargestellten Gleichheitsrechte bzw. Diskriminierungsverbote als Teil des primären Gemeinschaftsrechts zu beachten. Einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auf Privatrechtsbeziehungen steht man aber – unter anderem angesichts des weiten Katalogs von Diskriminierungsmerkmalen – grundsätzlich ablehnend gegenüber³⁶⁰.

III. Die Antidiskriminierungsrichtlinien der „Neuen Generation“

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat nicht viel Zeit verstreichen lassen, um auf der Grundlage der neuen primärrechtlichen Bestimmungen der Art. 13 und 141 EGV konkrete Maßnahmen im Rahmen des Sekundärrechts zu treffen: Trotz des in Art. 13 EGV enthaltenen Einstimmigkeitserfordernisses des Rates konnten bereits ein Jahr nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam zwei der Antidiskriminierungsrichtlinien der „Neuen Generation“³⁶¹ erlassen werden³⁶²: wie bereits erwähnt³⁶³, handelt es sich dabei

Slg. 2003, I-12489, Rs. C-347/03, Slg. 2005, I-3785. Ein Richtungswechsel deutete sich in der Rs. C-540/03 (EP/Rat), Slg. 2006, I-5769 an, vgl. dazu *Sczekalla*, NVwZ 2006, 1019 ff. sowie *Bouchouaf/Britz Richter*, JZ 2007, 43 ff.

³⁵⁷ Schlussanträge der GA Kokott in der Rs. C-540/03 (EP/Rat), Slg. 2006, I-5769; Schlussanträge des GA Tizzano in der Rs. C-173/99 (BECTU), Slg. 2001, I-4881; Schlussanträge des GA Ruiz Jarabo Colomer in der Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), Slg. 2007, I-3633.

³⁵⁸ Schlussanträge des GA Lèger, Rs. C-353/99 (Hautala) Slg. 2001, 9565.

³⁵⁹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 (ABl. 2007 C 306/1, 10, 13). Der Vertrag von Lissabon befindet sich allerdings noch im Ratifizierungsverfahren. Wegen des ablehnenden Referendums der Republik Irland zum Vertrag ist das beabsichtigte Inkrafttreten zum 01. 01. 2009 auf einen unbestimmten Zeitpunkt verschoben.

³⁶⁰ Stellvertr. *Basedow*, ZEuP 2008, 230 (248 f.), der die Anwendbarkeit nur und erst bei Verstößen gegen die Menschenwürde befürwortet.

³⁶¹ Dieser Begriff stammt ursprünglich von *Fredman*, ILJ 2001, 145 ff., und wurde insbesondere in der italienischen Literatur übernommen, vgl. bspw. *De Simone*, LD, 2004, 527 (532). Er ist zum einen auf den neuen gemeinsamen „Nenner“ – die mit dem Vertrag von Amsterdam eingeführten Neuerungen –,

um die Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie) sowie die Richtlinie 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung und Beruf). Kurz darauf folgte die Richtlinie 2002/73/EG (Genderrichtlinie Beschäftigung und Beruf)³⁶⁴ und weitere zwei Jahre später schließlich die Richtlinie 2004/113/EG (Genderrichtlinie Zivilrecht). Während sich die Genderrichtlinie Beschäftigung und Beruf als einzige auf Art. 141 stützt, da dieser im Bereich Geschlechterdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf gegenüber Art. 13 EGV die vorrangige Grundlage darstellt, finden die anderen Richtlinien ihre Grundlage in Art. 13 EGV.

Da die Richtlinien 2000/78/EG und 2002/73/EG auf den Bereich Beschäftigung und Beruf beschränkt sind, wo sie „Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ (Art. 1 RL 2000/78/EG) zu bekämpfen bzw. den „Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen“ (Art. 1 a RL 2002/73/EG), zu verwirklichen beabsichtigen, sollen sie vorliegend nur am Rande behandelt werden. Das Hauptaugenmerk ist auf den Inhalt der (auch bzw. nur) das Zivilrecht betreffenden Richtlinien – die Richtlinie 2000/43/EG und die Richtlinie 2004/113/EG – gerichtet³⁶⁵.

Der Gestaltungswille des Gemeinschaftsgesetzgebers, in erster Linie gegen Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft vorzugehen³⁶⁶, war insbesondere vorangetrieben durch eine zunehmende Furcht vor Fremdenfeindlichkeit und Rassismus, gegen die man ein Signal setzen wollte³⁶⁷. Dass ein möglichst

zum anderen auf die vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählte spezifische normative Technik zurückzuführen, die in dem Erlass der Richtlinien mit „weitreichenden und gewollt untechnischen“ Konzepten zum Ausdruck kommt, vgl. näher *Calafà*, *Studium iuris*, 2004, 873 (873); zur Kritik an diesen „offenen und untechnischen Formeln“, *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 289 (328 f., 342). Wie im Primärrecht findet sich daneben der Ausdruck von den Richtlinien der „Zweiten Generation“, vgl. nur *Izzi*, *GDLRI* 2003, 423 ff., oder auch der „Letzten Generation“, vgl. *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 313.

³⁶² Äußerst skeptisch hinsichtlich eines raschen Erlasses hatten sich zuvor noch *Szczekalla*, *EuZW* 1998, 212 (215 f.) sowie *Cirkel*, *NJW* 1998, 3332 (3333) geäußert.

³⁶³ Vgl. oben einleitender Teil, A.

³⁶⁴ Durch die Richtlinie 2006/54/EG werden die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Beschäftigung und Beruf zusammengefasst (vgl. bereits Fn. 15).

³⁶⁵ Zur Entstehungsgeschichte der Richtlinien Schiek-Schiek, *AGG*, Einl., Rn. 35 ff.

³⁶⁶ Kritische Anmerkungen zur Antidiskriminierungsrichtlinie bei *Guild*, *ILJ* 2000, 416 ff.

³⁶⁷ KOM 1999, 566 endg., S. 5 zu der Notwendigkeit eines Tätigwerdens gegen Fremdenfeindlichkeit und Rassismus insbesondere anlässlich des Ost-Erweiterungsprozesses der EU. Konkret vorangetrieben wurde der Erlass der Antirassismusrichtlinie u.a. durch die Wahlerfolge der FPÖ in Österreich;

umfassender Schutz vor Diskriminierungen aufgrund dieser Merkmale geleistet werden soll, zeigt der Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie, der (über das Arbeitsrecht hinaus) nicht nur den „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“ (Art. 3 Abs. 1 (h)), umfasst, sondern auch „den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste“ (Art. 3 Abs. 1 (e)), „die sozialen Vergünstigungen“ (Art. 3 Abs. 1 (f)) sowie „die Bildung“ (Art. 3 Abs. 1 (h)). Dieser weitreichende Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie steht für ihren sog. horizontalen Ansatz.

Zu Anfang des neuen Jahrtausends war auf Gemeinschaftsebene damit das bisher am umfassendsten geschützte Merkmal Geschlecht – nur in dieser Hinsicht hatte bisher im Sekundärrecht ein Schutz in spezifischen Bereichen des Arbeitsrechts bestanden³⁶⁸ – mit dem schwächsten Schutz ausgestattet, denn auf die Verabschiedung der Antirassismusrichtlinie folgte kurz darauf die Rahmenrichtlinie, die wie erwähnt im Bereich Beschäftigung und Beruf die Merkmale Religion bzw. Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung schützt. Beide Richtlinien lassen ausdrücklich positive Maßnahmen zu und enthalten Definitionen des Diskriminierungsbegriffs, die sich zum Teil auf die Entwicklungen der Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtergleichheit stützen.

Hinter diesem Schutzniveau blieb das zum Merkmal Geschlecht bestehende Sekundärrecht erst einmal zurück, bis der Rückstand durch Erlass der Richtlinien 2002/73/EG bzw. 2004/113/EG teilweise wieder aufgeholt wurde: Dies gilt zumindest bezüglich der Egalisierung der Definition von Diskriminierung sowie der Bestimmungen zu den Rechtsfolgen. Im Verhältnis zur Antirassismusrichtlinie wird das Merkmal Geschlecht außerhalb des Arbeitsrechts allerdings nur im Hinblick auf Personen geschützt, „die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit

nähere Details bei *Guild*, ILJ 2000, 416 (416), *Schiek*, AuR 2003, 44 (44) sowie *Gottardi*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 1 ff.

³⁶⁸ Vgl. insbesondere RL 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. 1975 L 75/19) und RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. 1976 L 39/40)

ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen (...)“; die Bereiche Bildungs- und Gesundheitswesen sowie Sozialschutz bleiben unerwähnt und werden damit nicht von einem Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts abgedeckt; zudem sind in der Versicherungswirtschaft eine Reihe von Ausnahmen zulässig (vgl. Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG)³⁶⁹.

Doch liegt hierin nicht der einzige Unterschied zwischen den beiden Richtlinien. Während die Antirassismusrichtlinie das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft noch „bedenkenlos und ohne Vorsichtsmaßnahmen“³⁷⁰ ausspricht, hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dazu veranlasst gesehen, der Richtlinie 2004/113/EG nicht nur in den Erwägungsgründen eine klarstellende Erklärung hinsichtlich der Wahrung des Prinzips der Vertragsfreiheit hinzuzufügen³⁷¹, sondern in Art. 3 Abs. 2 explizit festzulegen, dass „diese Richtlinie (...) nicht die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person (berührt), solange diese ihre Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig macht“.

Diese Entscheidung gründet sich wohl auf die Befürchtung des Gemeinschaftsgesetzgebers, weitergehende Diskriminierungsverbote könnten den Logiken des marktlichen Austauschs zuwiderlaufen und damit einen Bruch des bisher eingeschlagenen Weges darstellen; eine Bestätigung findet diese Vermutung auch insofern, als dass die Richtlinie 2000/78/EG zum Schutz von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung kein Diskriminierungsverbot im Bereich öffentlich angebotener Güter und Dienstleistungen enthält. Da die Probleme hinsichtlich der ungleichen Zugangsbedingungen zu Gütern und Dienstleistungen scheinen aus Sicht des Gemeinschaftsrechtsgesetzgebers nicht alle diskriminierungsgefährdeten Personen (gleich) zu betreffen scheinen, hält er es für angebracht, die Vertragsfreiheit des

³⁶⁹ Näher zum Inhalt der Richtlinien Teil 4, I und Teil 5, I. Zu den Hierarchien im Gemeinschaftsrecht *Bell/Waddington*, ELR 2003, 349 (349 ff.), *Fredman*, ILJ 2001, 145 (157 ff.).

³⁷⁰ Vgl. *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 309.

³⁷¹ Vgl. Erw.grund vierzehn: „Für jede Person gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der die freie Wahl des Vertragspartners für eine Transaktion einschließt. Eine Person, die Güter oder Dienstleistungen bereitstellt, kann eine Reihe von subjektiven Gründen für die Auswahl eines Vertragspartners haben. Diese Richtlinie sollte die freie Wahl des Vertragspartners solange nicht berühren, wie die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig gemacht wird.“

Anbietenden nur zugunsten einiger von ihnen einzuschränken³⁷². Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass jedes Diskriminierungsmerkmal „seine eigene Geschichte“ und damit seinen eigenen sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen Hintergrund hat. Deshalb können, je nach Merkmal, unterschiedliche Ansätze bzw. Maßnahmen und Instrumente notwendig sein, um den jeweiligen Risiken entgegenzuwirken³⁷³. Zweifellos ist es daher in manchen Bereichen durchaus sinnvoll, nach Typologie der Diskriminierungsmerkmale zu unterscheiden. Allerdings erscheint es weniger angemessen, im Rahmen des marktlichen Austauschs von Gütern und Dienstleistungen die Merkmale Geschlecht, Rasse und ethnische Herkunft von anderen Merkmalen wie Behinderung, oder sexuelle Ausrichtung abzutrennen³⁷⁴; denn es ist mehr als fraglich, ob Frauen beim Zugang zu Konsumgütern wirklich diskriminierungsgefährdeter sind als Menschen mit Behinderungen³⁷⁵. Denkt man an die Bereiche des Reise- und Mietrechts, scheint eher das Gegenteil der Fall zu sein³⁷⁶. Ähnlich liegen die Probleme für Menschen mit „anderer“ sexueller Ausrichtung, für die es mindestens genauso schwierig ist, zu bestimmten Gütern oder Dienstleistungen – Beispiel Wohnungsvermietung – Zugang zu erlangen.

Das gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht zeichnet sich damit durch neue, nicht unbedingt verständliche³⁷⁷, „Gleichheitshierarchien“ aus: Die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft werden umfassender als das Geschlecht geschützt; weit dahinter zurück liegen die nur im Rahmen des Arbeitsrechts durch die Richtlinie 2000/78/EG

³⁷² Im Detail *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 308 f. Vgl. nunmehr aber KOM 2008 (426), endg. (vgl. oben bei Fn. 40)

³⁷³ So auch *Bell/Waddington*, ELR 2003, 349 (362).

³⁷⁴ Deshalb kritisiert *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 325 f. die Wahl des Gemeinschaftsgesetzgebers, der „marktorientierten Lösung“ im Rahmen des Kampfes gegen Diskriminierungen eine vorherrschende Rolle zuzuweisen.

³⁷⁵ Allerdings können insbesondere Frauen Opfer von Diskriminierungen bei der Gewährung von Krediten und im Rahmen des Abschlusses von Versicherungen sein, vgl. auch *Neuner*, ERCL 2006, 35 (47).

³⁷⁶ *Neuner*, ERCL 2006, 35 (47).

³⁷⁷ *Fredman*, ILJ 2001, 145 (158 f.) bezeichnet diese Hierarchisierung als überaus problematisch und verweist insbesondere auf die Schwierigkeiten, Rasse bzw. ethnische Herkunft von Religion zu unterscheiden. Gegen jede Hierarchisierung auch *Baer*, ZRP 2002, 290 (294). *Schiek*, ELJ 2002, 290 (308 f.) begründet den Vorrang von Diskriminierungsschutz bzgl. Rasse bzw. ethnischer Herkunft und „Geschlecht“ mit ihrer privilegierten Stellung im internationalen Recht (ÜBDF und IÜBFR). Ähnlich *Neuner*, ERCL 2006, 35 (47 f.).

geschützten Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter sowie sexuelle Ausrichtung³⁷⁸. Was die inhaltlichen Regelungen und Begrifflichkeiten der Antidiskriminierungsrichtlinien angeht, so sollen an dieser Stelle einige knappe Andeutungen genügen: Des Zusammenhangs wegen sowie zur Vermeidung unnötiger Verweisungen ist es angemessener, die einzelnen Bestimmungen zusammen mit dem jeweiligen nationalen Recht – das zwar nicht immer, aber doch häufig fast wortwörtlich die Richtlinienbestimmungen übernimmt – zu behandeln³⁷⁹. Die geringen Abweichungen der nationalen Rechtssysteme von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zeigen sich insbesondere im Hinblick auf den Begriff der Diskriminierung. Erwähnenswerte Neuerungen³⁸⁰ sind insbesondere die Anerkennung einer nur hypothetischen Vergleichsperson im Rahmen der unmittelbaren, sowie der Verzicht auf statistische Nachweise im Rahmen der mittelbaren Diskriminierung. Im Rahmen der Rechtsdurchsetzung von Bedeutung ist die Möglichkeit der Beteiligung von Verbänden³⁸¹, wobei die Richtlinien allerdings kein eigenes Klagerecht, sondern lediglich ein Tätigwerden „im Namen“ oder zur „Unterstützung“ der betroffenen Person vorsehen. Damit löst sich das Gemeinschaftsrecht zwar von der strikten Bindung an Einzelfälle, es geht aber weiterhin um individuellen Rechtsschutz gegen gruppenbezogene Nachteile und nicht um die Etablierung von Gruppenrechten³⁸². Die Erneuerung und Erweiterung bisher angewandter Schutztechniken werden schließlich auch durch das Verlangen nach „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen“³⁸³ sowie die nunmehr den neuen Richtlinien gemeinsame Erleichterung der

³⁷⁸ Zu Begründungsversuchen hinsichtlich der vom Gemeinschaftsgesetzgeber angewandten Hierarchien vgl. *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (402 ff.).

³⁷⁹ Vgl. Teil 4 und Teil 5.

³⁸⁰ Der Grund für diese Weiterentwicklung des Diskriminierungsschutzes auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wird teilweise in einer Konvergenz von wirtschaftlichen und Gerechtigkeitszielen gesehen, so *Fredman*, ILJ 2001, 145 (149). Kritisch zu dieser Begründung *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (402).

³⁸¹ Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 9 RL 2000/78/EG, Art. 6 Abs. 3 RL 2002/73/EG und Art. 8 RL 2004/113/EG.

³⁸² *Henning/Baer*, STREIT 2002, 169 (171).

³⁸³ Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 8d RL 2002/73/EG und Art. 14 RL 2004/113/EG.

Beweisführung zugunsten der diskriminierten Partei³⁸⁴ belegt; sie stellen eine Reaktion auf die bisherigen Defizite in der Rechtsdurchsetzung dar.

Trotz dieser Änderungen verkörpert das Gemeinschaftsrecht zum überwiegenden Teil immer noch das Gleichheitsmodell der individuellen Gerechtigkeit³⁸⁵. Es scheint eher darauf bedacht zu sein, dieses zu korrigieren bzw. zu verbessern, als nach wirklich neuen Ansätzen zu suchen: Sind nunmehr auch Beweiserleichterung zugunsten des Opfers, „effektive“ Sanktionen und die Unterstützung durch Verbände im Rahmen des Verfahrens vorgesehen, so ist der Rechtsschutz dennoch weiterhin ganz auf den Einzelnen konzentriert. Das zeigt sich insbesondere an den Bestimmungen, die zu individuellem Schadensersatz und zur individuellen Rechtsdurchsetzung verpflichten: Die institutionalisierte Mitwirkung von Verbänden ist relativ schwach ausgestaltet, da es lediglich um eine Unterstützung bei der prozessualen Durchsetzung der Rechte der Opfer und nicht etwa um die Geltendmachung überindividueller Ansprüche geht³⁸⁶.

Merkmale eines gruppenbezogenen Modells werden insbesondere an der Definition der mittelbaren Diskriminierung sichtbar³⁸⁷: Unter der Voraussetzung, dass Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Angehörige bestimmter Gruppen „in besonderer Weise benachteiligen können“³⁸⁸, wird eine Verbindung hergestellt zwischen der Gruppe und dem Einzelnen, denn erst durch die Bezugnahme auf die Gruppe wird erkennbar, ob bzw. dass ein Kriterium nachteilig wirkt. Die dem Konzept der mittelbaren Diskriminierung eigene Gruppenbezogenheit wird durch die Ausrichtung der Rechtsmittel auf den Einzelnen aber wieder abgeschwächt; daher wird auch angenommen, dass sich die „gruppenbezogenen Elemente der mittelbaren Diskriminierung (...) noch ohne

³⁸⁴ Art. 8 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2000/78/EG und Art. 9 RL 2004/113/EG. Vgl. aber bereits Art. 4 RL 97/80/EWG.

³⁸⁵ So übereinstimmend *Rebhahn-Rebhahn*, GIBG, Einl., Rn. 33 und *Bell/Waddington*, GDLRI 2003, 373 (376, 384); A.A. *Schiek*, NZA 2004, 73 (875), die unter Bezugnahme auf Zielbestimmungen und Erwägungsgründe der Richtlinien feststellt, dass dem EU-Gleichbehandlungsrecht kein formelles, sondern ein materielles Verständnis eigen ist; *dies.*, ELJ 2002, 290 (305 f.), ähnlich *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (410), die von einem Übergang zum Modell der Chancengleichheit ausgeht.

³⁸⁶ So *Kocher*, ZEuP 2004, 260 (265); vgl. a. *Röthel*, ZEuP 2002, 58 (67 f.).

³⁸⁷ Oftmals bezeichnet als nur schwer einzuordnende „Mischform“ zwischen individuellem und gruppenbezogenem Gleichheitsmodell, vgl. *Schiek*, ELJ, 2002, 290 (305), *Rebhahn-Rebhahn*, GIBG, § 2, Rn. 11.

³⁸⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 b) RL 2000/43/EG, Art. 2 b) RL 2004/113/EG.

Schwierigkeiten in das Konzept der individuellen Gerechtigkeit integrieren“ lassen³⁸⁹. Deutlicher wird der Bezug zu gruppenorientierten Modellen indes im Rahmen positiver Maßnahmen, da diese ihre Rechtfertigung gerade darin finden, dass Angehörige einer Gruppe typischerweise benachteiligt werden³⁹⁰. Das Gemeinschaftsrecht wiederum lässt derartige Maßnahmen nur unter engen Voraussetzungen zu; zudem überlässt es die Entscheidung zum Erlass derartiger Maßnahmen den Mitgliedstaaten.

Eigenschaften des Modells, das Gleichheit als positive Pflicht verstehen will, sind auf Gemeinschaftsebene nur marginal verkörpert. Angeführt werden können insbesondere der Dialog mit Wirtschaft und Nichtregierungsorganisationen³⁹¹. Sie können als erste Anzeichen für den Versuch, auch auf EU-Ebene die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes proaktiv zu fördern, gewertet werden.

Nach ihrer Umsetzung wirken die Antidiskriminierungsrichtlinien über das Medium der jeweiligen nationalen Gesetze weiter, die gemeinschaftsrechtskonform³⁹² auszulegen sind. Sie bleiben damit weiterhin praktisch relevant.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Wie bereits einführend erläutert, sind die völkerrechtlichen Grundlagen zum Diskriminierungsschutz die oberste normative Grundlage und für die nationalen Umsetzungsbestimmungen in doppelter Weise von Bedeutung, da sie sowohl Bezugspunkte der EU-Richtlinien sind, als auch bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen sind. Umgekehrt werden auch die Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts und seine Weiterentwicklung für das universelle und „regionale“ Völkerrecht an Bedeutung gewinnen; es besteht daher eine Art

³⁸⁹ Rebhahn-Rebhahn, GIBG, Einl., Rn. 33.

³⁹⁰ Rebhahn-Rebhahn, GIBG, § 2, Rn. 22.

³⁹¹ Art. 11 bzw. 12 RL 2000/43/EG sowie Art. 11 RL 2004/113/EG.

³⁹² Nach der Formel des EuGH ist nationales Recht „so weit wie möglich in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen“, EuGH, Rs. C-327/00 (Santex SpA), EuZW 2003, 249 (253), EuGH, Rs. C-397/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8835. Zur richtlinienkonformen Auslegung im Privatrecht s. bspw. Gebauer, in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 95; Schulze, in Schulze, Auslegung des europäischen Privatrechts, S. 9 ff.; vgl. auch Grundmann, JUS 2002, 768 (770 f.).

Wechselwirkung der beiden Ebenen, die wiederum die nationalen Rechte beeinflussen wird.

Die verkürzte Wahrnehmung des Schutzes vor Diskriminierung war lange Zeit dadurch bedingt, dass die völkerrechtliche Ebene mehr oder weniger ausgeblendet wurde³⁹³. Nicht immer hat man der Tatsache Rechnung getragen, dass sich die aufgrund der Antidiskriminierungsrichtlinien bestehenden Verpflichtungen Deutschlands und Italiens in weitem Maße mit denjenigen decken, die bereits aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtungen bestanden bzw. bestehen³⁹⁴. Insofern wurde in der (deutschen) Literatur zu Recht festgestellt, dass der EG nur das Verdienst gebührt, „ihrem deutschen Mitgliedstaat den weg zu einer besseren Erfüllung seiner menschenrechtlichen Vertragspflichten gewiesen hat“³⁹⁵. Das Völkerrecht betont seit langem die zentrale Stellung von Diskriminierungsverboten aufgrund verschiedenster Merkmale und die Verpflichtung, auch gegen Diskriminierungen in privaten Rechtsbeziehungen vorzugehen. Dabei ist insbesondere den Pakten zum Schutz vor Rassendiskriminierung und der Diskriminierung der Frau eine Orientierung am substantiellen Gleichheitsmodell eigen: Sie ermöglichen positive Maßnahmen, enthalten asymmetrische Diskriminierungsverbote und zielen darauf ab, faktische Ungleichheiten bzw. Beeinträchtigungen von Rechten auszugleichen. Sollten Durchsetzungsmechanismen auf gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Ebene versagen, muss daher immer im Auge behalten werden, dass die völkerrechtlichen Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz als bei der Auslegung zu berücksichtigende Vorgaben weiterhin ihre Bedeutung behalten.

Die Darstellung der normativen Grundlagen auf Gemeinschaftsebene zeigt ein gemischtes Bild: Dieses zeugt (immer noch) von Hierarchien, die allerdings im Primär- und im Sekundärrecht unterschiedlicher Art sind. Im Sekundärrecht, das Richtlinien mit horizontalem Ansatz (d.h. weitreichendem objektivem Anwendungsbereich) und solche mit vertikalem Ansatz (d.h. weitreichendem subjektivem Anwendungsbereich) in sich vereint, stehen jetzt die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft an erster Stelle, gefolgt vom Geschlecht. Gemeinsam ist diesen drei Kategorien, dass sie nicht nur im Bereich

³⁹³ Körner, ZRP 2005, 223 (224).

³⁹⁴ Neuner, ERCL 2006, 35 (47).

³⁹⁵ Rust/Falke-Giegerich, AGG, Einl., Rn. 197.

des Arbeitsrechts Schutz erfahren, sondern auch im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts, allerdings mit unterschiedlicher Reichweite. Damit hat sich eine Entwicklung vom „Ein-Merkmal-Ansatz“ (Geschlecht) zum „Diversity-Ansatz“ vollzogen³⁹⁶. Weit dahinter finden sich die Merkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung, die insbesondere nicht im Bereich öffentlich angebotener Güter und Dienstleistungen geschützt werden. Diese großteils politisch motivierten Hierarchien waren bzw. sind nur schwer nachvollziehbar und daher erheblicher Kritik ausgesetzt.

Erleichtert wird das Verständnis des Gesamtbildes auch nicht durch den EGV, der historisch und systematisch gesehen dem Merkmal Geschlecht Vorrang einräumt und es auch weiterhin als „Master-Kategorie“ behandelt, während er alle anderen Merkmale, die in das Sekundärrecht Eingang gefunden haben, auf eine Ebene stellt. Dies wird deutlich durch Art. 141 EGV, der zu Maßnahmen der Chancengleichheit und Gleichbehandlung ermächtigt und mit seinem positiven Gestaltungsauftrag der rein abwehrenden Bestimmung des Art. 13 EGV gegenübersteht. Diese Kompetenznorm mit „zwiespältigem Charakter“³⁹⁷ ist hinter so manchen anfänglichen Erwartungen zurückgeblieben: Während Art. 141 EGV unmittelbare – vertikale und horizontale – Wirkung entfaltet, geht man überwiegend davon aus, dass Art. 13 EGV keine entsprechenden subjektiven Rechte vermitteln kann. Als „Kann-Bestimmung“ erlegt er dem Rat keine Handlungsverpflichtung auf. Daneben scheinen die in Abs. 1 festgelegte hohe Schwelle der Einstimmigkeit bei Vornahme der Maßnahmen sowie die Pflicht zur bloßen Beteiligung anstatt der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments einem so wichtigen Problemfeld wie dem Diskriminierungsschutz nicht gerecht zu werden.

Im Vergleich zu Art. 13 EGV, dem eine sog. Öffnungsklausel verwehrt wurde – damit ist die in ihm enthaltene Aufzählung abschließend –, erwähnt die Grundrechtscharta in Art. 21 GrCh zusätzliche Merkmale wie soziale Herkunft, Hautfarbe, Vermögen, Geburt, Sprache, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, sonstiger Status und genetische Merkmale. Doch kommt auch die Charta nicht ohne Hierarchien aus: Der erwähnte Art. 21 GrCh ist auf ein reines Diskriminierungsverbot beschränkt, während Art. 23 GrCh hinsichtlich des Geschlechts ein Gleichstellungsgebot enthält.

³⁹⁶ Raasch, KJ 2004, 394 (402).

³⁹⁷ Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 33.

Damit wird die bereits im EGV vorhandene Hierarchie zugunsten des Merkmals Geschlecht wiederholt.

Diese Uneinheitlichkeiten spiegeln sich im Rahmen des auf EU-Ebene angewandten Gleichheitsmodells wider, das zwar grundsätzlich dem Modell individueller Gerechtigkeit zuzuordnen ist, aber auch Elemente eines gruppenorientierten Modells enthält. Angesichts eines derartigen Bildes kann es nicht verwundern, dass auf nationaler Ebene vor Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien eingehend ein Ausgleich dieser im gemeinschaftsrechtlichen Schutzniveau vorhandenen Divergenzen angemahnt worden ist³⁹⁸. Eine Mahnung, die, wie gezeigt wird, Deutschland zumindest auf den ersten Blick erreicht zu haben scheint, nicht aber den italienischen Gesetzgeber, der mittels einer eher mechanisch-technischen Umsetzung der Richtlinien die Gleichheitshierarchien des Gemeinschaftsrechts in das innerstaatliche Recht übertragen hat.

³⁹⁸ *Raasch*, KJ 2004, 394 (403).

TEIL 3

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IN DER NATIONALEN VERFASSUNG UND BISHERIGE DISKUSSION

Um den Rahmen der vorhandenen normativen Grundlagen zum Schutz vor Diskriminierungen vollständig darzustellen, wird im Anschluss an die völker- und gemeinschaftsrechtlichen Fundamente auf die im Grundgesetz bzw. in der *Costituzione* enthaltenen Bestimmungen eingegangen. Vor Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien kam den verfassungsrechtlichen Grundlagen insofern eine bedeutende Rolle zu, als aufgrund des nahezu vollständigen Fehlens spezieller Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr Diskussionen um die Auswirkungen des Gleichheitsrechts auf private Rechtsverhältnisse im Mittelpunkt standen. Mit dieser Frage nach dem Ausmaß einer Drittwirkung der Grundrechte ist schließlich die Frage nach dem Schutzzumfang, den die zivilrechtlichen Generalklauseln als „Einfallstore“ für die verfassungsrechtlichen Wertvorgaben gewähren, verbunden.

Diesen Überlegungen entsprechend werden zunächst das in Art. 3 Grundgesetz (im folgenden GG) bzw. Art. 3 *Costituzione* enthaltene Gleichheitsgrundrecht und die auf ihren Grundlagen erarbeiteten bisherigen Lösungsvorschläge zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr dargestellt. Im Anschluss daran wird, soweit vorhanden, auf die bisherigen speziellen Schutzbestimmungen im Privatrechtsverkehr eingegangen.

A. Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Grundgesetz und bisheriger Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr

In Deutschland wird der Rahmen der normativen Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts durch die in Art. 3 GG enthaltenen Gleichheitssätze bzw. Diskriminierungsverbote abgerundet. Vor Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist man immer wieder der Frage nachgegangen, ob bzw. inwiefern es privaten Anbietern schon von Verfassungs wegen verwehrt sei, ihre Mitbürger auf geschäftlicher Ebene unterschiedlich zu behandeln, ob also bereits auf der Grundlage der Vorgaben des Grundgesetzes ein effektiver Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht gewährleistet werden könne³⁹⁹. Diese Frage hat auch nach Inkrafttreten des AGG nicht völlig an Bedeutung verloren, da das Grundgesetz spezielle Diskriminierungsverbote enthält, die teilweise über das AGG (insbesondere über den hier interessierenden Bereich des Zivilrechts) hinausgehende bzw. andere Merkmale schützen. Insbesondere auf diese speziellen Diskriminierungsverbote wird im Anschluss an den allgemeinen Gleichheitssatz nachfolgend eingegangen. Daneben ist zu berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber, soweit ihm die europarechtlichen Vorgaben Handlungsspielräume lassen, weiterhin an die deutschen Grundrechte gebunden ist. Um die Unterschiede zu den normativen völkerrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen zu vergegenwärtigen, wird Art. 3 GG zunächst inhaltlich dargestellt, bevor der Frage nach dem Ausmaß seiner Anwendung im Privatrechtsverkehr nachgegangen wird.

I. Der allgemeine Gleichheitssatz

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ – so formuliert Art. 3 Abs. 1 GG „in seiner lapidaren Kürze einen der vielleicht schwierigsten Rechtssätze des

³⁹⁹ Vgl. bspw. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, insbes. S. 139 ff., *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, insbes. S. 77 ff., und speziell in Bezug auf ethnische Diskriminierung *Bezenberger*, AcP 1996, 395 ff.

Grundrechtskatalogs“⁴⁰⁰. Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung, deren Grundrechtsteil mit dem Gleichheitssatz begann, diesen aber noch auf „alle Deutschen“ beschränkte (Art. 109 Abs. 1 WRV), verkörpert Art. 3 GG ein alle Staatsgewalt bindendes Grund- und Menschenrecht⁴⁰¹.

Sowohl in der Rechtsprechung⁴⁰² als auch in der Literatur⁴⁰³ ist nahezu unbestritten, dass Art. 3 Abs. 1 GG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gleichbehandlung vermittelt und insoweit, wie die Freiheitsrechte, in erster Linie als gerichtlich durchsetzbares Abwehrrecht gegen ungerechtfertigte⁴⁰⁴ Ungleichbehandlungen wirkt. Verfassungsunmittelbare, sog. „primäre“ oder „originäre“, Leistungsansprüche lassen sich aus Art. 3 Abs. 1 GG hingegen unstreitig nicht ableiten⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 1 unter Bezugnahme auf *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 1828 f., 1839 f.

⁴⁰¹ In Bezug auf die Weimarer Reichsverfassung war umstritten, ob neben Verwaltung und Rechtsprechung auch eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bestand, vgl. näher Schmidt-Bleibtreu/Klein-Kannengießer, GG, Art. 3, Rn. 2. Obwohl Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich festlegt, dass „die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“ binden, war die Bindung des Gesetzgebers nach Inkrafttreten des GG zunächst umstritten, vgl. die Darstellung des Meinungsstreits bei *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (868) und *Damm*, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit, S. 95. Das BVerfG hat diese Frage allerdings von Anfang bejaht, vgl. BVerfGE 1, 14 (52).

⁴⁰² Vgl. schon BVerfGE 6, 84 (91).

⁴⁰³ *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (867). Von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 2, Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 229. Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 17. A.A. *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 170 („Gleichheitssatz als Rechtsanwendungsgleichheit leerlaufend“).

⁴⁰⁴ Art. 3 Abs. 1 GG gilt nach der seit 1980 insbesondere im Rahmen der Rechtsprechung des ersten Senats entwickelten „neuen Formel“ des BVerfG dann als verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung stattfindet, obwohl zwischen den in Frage stehenden Subjekten „keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können“, vgl. BVerfGE 55, 72 (88). Inwiefern damit gegenüber der früher geltenden „Willkürformel“ (vgl. bspw. BVerfGE 1, 14 (52)) tatsächlich wesentliche Änderungen verbunden sind, ist umstritten (bejahend *Hesse*, AöR 1984, 174 (189), v. Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 99, Maunz/Dürig-Herzog, GG, Art. 3, Anh., Rn. 6, verneinend Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 22). Vgl. zusammenfassend *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (875), *Damm*, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit, S. 102 ff.

⁴⁰⁵ BVerfGE 60, 16 (42 f.), Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 55, Von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, München, 2005, Art. 3, Rn. 141. Der Gleichheitssatz gewährleistet nur, dass Leistungsansprüche unter Wahrung des Gleichheitssatzes gewährt werden (sog. „derivative Leistungsansprüche“).

Das BVerfG sieht den Gleichheitssatz darüber hinaus als ein „bereits aus dem Prinzip der Gerechtigkeit folgendes“ allgemeines rechtsstaatliches Prinzip⁴⁰⁶, das insbesondere im Zusammenwirken mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG objektiv-rechtliche Funktionen entfaltet und in allen Rechtsbereichen und damit auch im Zivilrecht wirkt⁴⁰⁷. Neben Art. 20 Abs. 1 GG gilt Art. 3 Abs. 1 als Grundlage für die Schaffung der tatsächlichen Voraussetzungen, damit „gleiche Würde, gleicher Wert und gleiche Freiheit in der Gesellschaft tatsächlich erlebt werden können“⁴⁰⁸.

Inwiefern solche Zielsetzungen auch konkrete staatliche Schutzpflichten insbesondere im Hinblick auf Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr begründen, wird in erster Linie im Rahmen der speziellen Gleichheitssätze der Absätze 2 und 3 diskutiert, die den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz konkretisieren und begrenzen⁴⁰⁹. Da es sich bei dieser Frage um eine allgemeine Frage der Grundrechtsdogmatik handelt⁴¹⁰, wird auf sie erst im Anschluss an die inhaltliche Darstellung der speziellen Gleichheitssätze eingegangen.

II. Die speziellen Gleichheitssätze

Hinter den in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG enthaltenen speziellen Gleichheitssätzen bzw. Diskriminierungsverboten⁴¹¹, die als Verstärkung des Gleichheitssatzes für die Angehö-

⁴⁰⁶ BVerfGE 1, 208 (233), BVerfGE 23, 12 (24), BVerfGE 35, 263 (271 f.), BVerfGE 38, 225 (228), BVerfGE 41, 1 (13), BVerfGE 76, 130 (139).

⁴⁰⁷ Dazu Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 65. Von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 230.

⁴⁰⁸ Art. 3 Abs. 1 GG als „Fundament des verteilungsgerechten Sozialstaats“, vgl. Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 66. A.A. Von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 6, 27.

⁴⁰⁹ Vgl. schon BVerfGE 3, 225 (239).

⁴¹⁰ Vgl. Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 133 m.w.m.N.

⁴¹¹ Zu den speziellen Gleichheitsgrundrechten zählen u.a. auch Art. 6 Abs. 5 (Gleichstellung der nichtehelichen Kinder mit den ehelichen), Art. 21 (Gleichbehandlung der Parteien), Art. 33 Abs. 1-3 GG (Staatsbürgerliche Gleichheit) und Art. 38 Abs. 1 GG (Wahlrechtsgleichheit). Im Rahmen des Grundrechts der Parteien auf Chancengleichheit hat das BVerfG neben Art. 21 GG auch Art. 3 Abs. 1 mit herangezogen, vgl. BVerfGE 111, 54 (104), BVerfGE 111, 382 (398); anders noch (ausschließliche Bezugnahme auf Art. 21 GG) BVerfGE 91, 262 (269).

rigen besonders gefährdeter Gruppen verstanden werden, tritt der allgemeine Gleichheitssatz bezüglich der dort geregelten Differenzierungskriterien zurück⁴¹².

Dabei verkörpern Art. 3 Abs. 2 und 3 GG drei verschiedene Regelungskomplexe: Hinsichtlich des Merkmals Geschlecht legt das Grundgesetz fest, dass „Männer und Frauen gleichberechtigt“ sind (Abs. 2 Satz 1) und – seit der Grundgesetznovelle im Jahr 1994⁴¹³ –, dass „der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt“ (Abs. 2 Satz 2); nach Abs. 3 Satz 1 darf außerdem niemand wegen seines Geschlechts „benachteiligt oder bevorzugt werden“.

(Lediglich) dieses in Abs. 3 Satz 1 enthaltene Diskriminierungsverbot bezieht sich außerdem auf die Merkmale Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft⁴¹⁴, Glauben sowie religiöse und politische Anschauungen⁴¹⁵.

Von diesen zusammenhängend erwähnten Merkmalen zu unterscheiden ist das durch art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG geschützte Merkmal Behinderung, dem seit 1994⁴¹⁶ gegenüber den anderen Diskriminierungsverboten eine leichte Priorität eingeräumt wird, da aufgrund einer Behinderung lediglich nicht benachteiligt (wohl aber bevorzugt) werden kann.

Während die speziellen Verbotsregelungen des Art. 3 Abs. 3 GG im Interesse größtmöglicher Effektivität des Schutzzwecks in der Literatur teilweise als strikte Anknüpfungsverbote oder Unterscheidungsverbote verstanden werden, die die genannten Merkmale einer relativierenden Abwägung entziehen⁴¹⁷, hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile klargestellt, dass lediglich von einem „grundsätzlichen Anknüpfungsverbot“ auszugehen sei⁴¹⁸. Für eine derartige Wertungsoffenheit

⁴¹² Vgl. schon BVerfGE 6, 55 (71), BVerfGE 9, 237 (248 f.), und wieder BVerfGE 59, 128 (156).

⁴¹³ Grundgesetznovelle vom 27. Oktober 1994, BGBl I 1994, 3146 ff.

⁴¹⁴ Da die Staatsangehörigkeit weder „Abstammung“ noch „Heimat und Herkunft“ nach Abs. 3 bedeutet (so BVerfGE 51, 1 (30), BVerfGE 90, 27 (37)), stellt sie im Rahmen von Abs. 3 ein zulässiges Differenzierungsmerkmal dar (a.A. Von Münch/Kunig-Gubelt, Art. 3, Rn. 5, 99, der die Staatsangehörigkeit unter „Heimat und Herkunft“ subsumiert, insofern aber die Veränderbarkeit des Merkmals erkennt). Für Staatsangehörige innerhalb der EU gilt vorrangig das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV, vgl. Dreier-Heun, Art. 3, Rn. 11, Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 71.

⁴¹⁵ Zu den einzelnen Merkmalen vgl. statt aller Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 291 ff.

⁴¹⁶ Grundgesetznovelle vom 27. Oktober 1994, BGBl I 1994, 3146 ff.

⁴¹⁷ Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, S. 244 ff., 390 ff.

⁴¹⁸ BVerfGE 75, 40 (79).

der Gleichbehandlungsgebote spricht allem voran die Heterogenität der verschiedenen Merkmale, der eine differenzierungsblinde „Einheitslösung“ nicht gerecht werden würde⁴¹⁹.

1. Bezug zur Menschenwürde

Den speziellen Gleichheitssätzen wird eine enge Verbindung mit dem Prinzip der Menschenwürde zugeschrieben⁴²⁰. Die Menschenwürde als „egalitäres Prinzip“⁴²¹, der das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 1⁴²² eine herausragende Stellung widmet, garantiert eine Art Basisgleichheit und gewährt Schutz in all den Fällen, in denen schwerwiegende Verletzungen des Gleichheitsgedankens drohen. Gleichzeitig fordert sie die Anerkennung aller Menschen als gleichberechtigte Glieder mit Eigenwert und verlangt die Wahrung personaler Identität in Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit⁴²³. Die Menschenwürde wird damit nicht nur als die individuelle Würde der jeweiligen Person verstanden, sondern des Menschen als Gattungswesen⁴²⁴, die jedem im Rahmen seiner sozialen Handlungsräume Selbstbestimmung und freie Entfaltung ermöglichen soll⁴²⁵. Sie ist damit ein kommunikativer Begriff, der den Menschen in seiner Relation zu anderen schützen will. Wird Menschenwürde (auch) im Sinne von Achtung und Anerkennung durch die bzw. in der Gesellschaft verstanden, ergreift sie über die individuelle Benachteiligung hinausgehende sog. strukturelle Diskriminierungen⁴²⁶.

⁴¹⁹ Im Detail Sachs-*Osterloh*, GG, Art. 3, Rn. 239 ff.

⁴²⁰ Vgl. *Damm*, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit, S. 385, *Rädler*, ZRP 1997, 5 (9), *Badura*, JZ 1964, 337 (341), *Jarass/Pieroth-Jarass*, GG, Art. 1, Rn. 1, Art. 3, Rn. 115, *Dreier-Heun*, GG, Art. 3, Rn. 116, von Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, GG, Art. 3, Rn. 367.

⁴²¹ *Dreier-Dreier*, GG, Art. 1, Rn. 59.

⁴²² Art. 1 Abs. 1 GG hat folgenden Wortlaut: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

⁴²³ BVerfGE 45, 187 (228).

⁴²⁴ Gegen die individualistische Ausrichtung der Menschenwürdebestimmung und für eine stärkere Betonung sozialer Anerkennung *Hofmann H.*, Die versprochene Menschenwürde, in ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, S. 104 (114); im Anschluss daran auch *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 152.

⁴²⁵ BVerfGE 87, 209 (228), BVerfGE 109, 133 (149 f.), BVerfGE 109, 279 (312 f.), BVerfG, NJW 2006, 751 (757).

⁴²⁶ *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 152 f.

Dass von dem Einzelnen nicht verlangt werden kann, sich eines durch Art. 3 GG geschützten Merkmals zu „entledigen“, wird durch die enge Verbindung der Menschenwürdegarantie mit den Diskriminierungsverboten⁴²⁷ noch einmal bestärkt: Die in Art. 3 GG aufgeführten Eigenschaften stellen allesamt persönlichkeitsprägende Merkmale dar, denen sich der jeweilige Merkmalsträger nicht entziehen kann, weil sie unveränderbar sind oder weil sie so eng mit seiner Identität verbunden sind, dass er sich von ihnen nur unter Aufgabe eines zentralen persönlichkeitsformenden Faktors lösen kann. Dies aber wäre mit dem Prinzip der Menschenwürde, das ja gerade die Wahrung von Identität und Individualität verlangt, unvereinbar⁴²⁸.

Die enge Verbindung der speziellen Diskriminierungsverbote mit dem Prinzip der Menschenwürde ist bei der Abwägung mit anderen Grundrechten insofern zu berücksichtigen, als ihr Gehalt die Diskriminierungsgründe weitgehend erfasst, während sie bei den Freiheitsrechten häufig nur in den Kernbereich betrifft. Wird dieser Kerngehalt im konkreten Fall nicht betroffen, hat das Ziel, gegen Diskriminierungen vorzugehen, grundsätzlich eine höheres Gewicht als das Grundrecht, in das dadurch eingegriffen wird⁴²⁹.

Hinsichtlich der in den Grundgesetzkommentierungen teils in äußere und innere Merkmale, teils in unveränderbare und veränderbare Merkmale eingeteilten⁴³⁰ Faktoren des Art. 3 trifft das Grundgesetz bereits selbst Unterscheidungen, die sich nicht unerheblich auf das Ausmaß ihres Schutzes auswirken.

⁴²⁷ Dreier-Dreier, GG, Art. 1, Abs. 1 Rn. 60.

⁴²⁸ Vgl. Rudolf/Mahlmann-Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 6, Rn. 12, von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 384.

⁴²⁹ Rudolf/Mahlmann-Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 6, Rn. 13.

⁴³⁰ Dabei werden die Merkmale Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft als äußere Merkmale, Glauben, religiöse und politische Anschauungen hingegen als innere Merkmale qualifiziert; eine andere Gruppierung ergibt sich, wenn man zwischen unveränderbaren (Geschlecht, Abstammung, Rasse, Herkunft) und veränderbaren (Sprache, Heimat, Glauben und religiöse und politische Anschauungen) Merkmalen unterscheidet. Welche rechtserheblichen Folgen eine solche Einteilung im Rahmen des Diskriminierungsverbots des Abs. 3 Satz 1 haben soll, bleibt unklar, unterscheidet die Regelung in dieser Hinsicht doch gerade nicht zwischen den genannten Merkmalen. Vgl. näher von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 383.

2. Das Merkmal Geschlecht

Am stärksten ist im Grundgesetz der Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgebaut⁴³¹; damit werden Parallelen insbesondere zum gemeinschaftsrechtlichen Primärrecht sichtbar, an dessen Spitze ebenfalls das Merkmal Geschlecht steht.

Die unter den Gleichheitssätzen politisch und juristisch umstrittenste Regelung⁴³² zur Geschlechtergleichheit wiederholt die in Abs. 1 garantierte Rechtsgleichheit speziell für das Verhältnis von Mann und Frau (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“), hat aber einen konkreteren bzw. spezielleren⁴³³ Inhalt und stellt im Verhältnis zu Abs. 1 erheblich strengere Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen⁴³⁴.

Problematisiert wird insbesondere das Verhältnis der in Abs. 2 Satz 1 garantierten Gleichberechtigung von Mann und Frau zu Abs. 3 Satz 1⁴³⁵, der Benachteiligungen und Bevorzugungen (auch bzw. unter anderem) wegen des Geschlechts verbietet. Ein Großteil der Literatur sah durch Abs. 2 Satz 1 ursprünglich lediglich die Rechts-, nicht aber die Chancengleichheit gewährleistet und ging insofern von einem identischen Inhalt der beiden Bestimmungen aus⁴³⁶. Auch das Bundesverfassungsgericht nahm

⁴³¹ Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 39. A.A. Rudolf/Mahlmann-Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 6, Rn. 14, die keine Hierarchie zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen und insbesondere keinen Vorrang von Art. 3 Abs. 2 GG annimmt.

⁴³² Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 97.

⁴³³ So BVerfGE 17, 1 (27), BVerfGE 37, 217 (259 f.), BVerfGE 89, 276 (285), vgl. auch von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 86. A.A. noch Maunz, Deutsches Staatsrecht, bis zur 23. Auflage 1980, der Art. 3 Abs. 2 als bloße Wiederholung von Art. 3 Abs. 1 GG qualifizieren und daher nur willkürliche Unterscheidungen mit einbeziehen wollte.

⁴³⁴ Direkte Ungleichbehandlungen zwischen Frauen und Männern sind nur dann zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können“, zwingend erforderlich sind oder aber „im Wege der Abwägung kollidierenden Verfassungsrechts“ legitimiert werden, so BVerfGE 85, 191 (207, 209), BVerfGE 92, 91 (109). Funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede rechtfertigen eine Ungleichbehandlung nicht mehr (anders noch BVerfGE 68, 384 (390)).

⁴³⁵ Vgl. Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 7.

⁴³⁶ Von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 305, von Münch-Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 82 a. E., 95, Maunz/Dürig-Mangoldt-Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2, Rn. 1 und Art. 3 Abs. 3, Rn. 4, a.A. Slupik, JR 1990, 317 (318, 320), die Art. 3 Abs. 3 GG als ein mit Drittwirkung ausgestattetes Grundrecht mit Geltung für Wirtschaft und Gesellschaft, und Art. 3 Abs. 2 als Verfassungsauftrag einordnet. Zum

längere Zeit ein identisches Differenzierungsverbot an⁴³⁷, stellte im Verlauf der späten achtziger Jahre aber dann fest, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG einen über das Diskriminierungsverbot hinausgehenden Regelungsgehalt besitzt, der darin bestehe, „dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“⁴³⁸. Auf der Grundlage dieser objektiv-rechtlichen Schutzfunktionen des Gleichberechtigungsgebots, das auf die „Angleichung der Lebensverhältnisse“⁴³⁹ ziele, könnten tatsächliche Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden. Diese Orientierung des Bundesverfassungsgerichts, Art. 3 Abs. 2 immer mehr im Sinne substantieller und nicht nur formeller Gleichheit zu interpretieren, wurde mittlerweile⁴⁴⁰ ausdrücklich durch die Anfügung eines zweiten Satzes „klargestellt und bestätigt“⁴⁴¹: Seither hat „der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken“⁴⁴². Damit trifft den Staat ein Handlungsauftrag, für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen⁴⁴³.

Obwohl durch die Einfügung dieser Bestimmung die Kontroverse dahingehend entschieden worden ist, dass der Staat zu Fördermaßnahmen zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung berechtigt und auch verpflichtet ist, wird Art. 3 Abs. 2 Satz 2 als bloßer „Formelkompromiss“⁴⁴⁴ mit unklarer Tragweite und undeutlichem Regelungsgehalt bezeichnet. Einigung bestand nämlich lediglich darüber,

ganzen auch *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 322 sowie *Ebsen*, JURA 1990, 515 (517 f.).

⁴³⁷ BVerfGE 39, 169 (185), BVerfGE 43, 213 (225).

⁴³⁸ BVerfGE 85, 191 (206 f.), BVerfGE 89, 276 (285). Ähnlich auch bereits BVerfGE 74, 163 (179); vgl. dazu *Kokott*, NJW 1995, 1049 ff.

⁴³⁹ BVerfGE 85, 191 (206 f.), BVerfGE 89, 276 (285).

⁴⁴⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I 1994, 3146). Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Hofmann H.*, FamRZ 1995, 257ff.

⁴⁴¹ So BVerfGE 92, 91 (109), BVerfGE 104, 373 (393).

⁴⁴² Vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Zum Verhältnis zwischen Förderungsgebot und abwehrrechtlichem Diskriminierungsgebot, siehe *Sachs-Osterloh*, GG, Art. 3, Rn. 264 ff.

⁴⁴³ BVerfGE 92, 91 (109).

⁴⁴⁴ Der Ausdruck entstammt dem Beitrag von *Isensee*, NJW 1993, 2583 (2585) und findet sich auch bei *Schmidt-Bleibtreu/Klein-Kannengießer*, GG, Art. 3, Rn. 56. Vgl. desweiteren *Vogel*, in FS Benda, S. 395 ff., der auf die „in hohem Maße erforderliche Auslegungsbedürftigkeit“ der Kompromisslösung verweist; ähnlich („formelhafte Weite und Unbestimmtheit“) *Hofmann H.*, FamRZ 1995, 257 (257).

dass eine verfassungsrechtliche Förderung der Gleichberechtigung zu erfolgen habe, nicht jedoch darüber, wie deren konkrete Inhalte ausgestaltet sein sollten. Vor allem im Hinblick auf sog. Quotenregelungen⁴⁴⁵ war man sich über die Bedeutung des im Ergebnis verwendeten Begriffs der „tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung“ uneinig. Die überwiegende Meinung nimmt an, dass mit diesem Ausdruck, mit dem man sich bewusst von dem der „Gleichstellung“⁴⁴⁶ absetzen wollte, die „tatsächliche (individuelle) Chancengleichheit“ im Sinne einer Verbesserung bzw. Angleichung der Ausgangslage der Frauen verfolgt werde. Das als Staatsziel normierte und nicht unmittelbar anspruchsbegründende Förderungsgebot⁴⁴⁷ will den Staat nicht zum „Erfolgsgaranten“ für die Gleichberechtigung in der Gesellschaft machen⁴⁴⁸. Es geht mithin nicht um Ergebnisgleichheit und um kollektive Grundrechte oder Gruppenrechte⁴⁴⁹, sondern um einen verbindlichen Auftrag, die tatsächliche

⁴⁴⁵ Dieses Problem ist im Rahmen des Arbeitsrechts besonders umstritten. Erlaubt sind zwar keine strikten, nach überwiegender Ansicht wohl aber flexible, Quotenregelungen im Sinne einer *leistungsabhängigen* Quotierung konkreter Einstellungsentscheidungen, wenn sie nicht erkennbar das Ziel paritätischer Repräsentanz, sondern den Schutz vor Diskriminierung verfolgen, vgl. Sachs-*Osterloh*, GG, Art. 3, Rn. 287 f., von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 93 f., Dreier-*Heun*, GG, Art. 3, Rn. 112. A.A. von Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, GG, Art., Rn. 312 f. S. a. Gemeinsame Verfassungsrechtskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 50 und dazu *Vogel*, in FS Benda, S. 395 (408 f.).

⁴⁴⁶ Im Rahmen der Verfassungsreform hatten sich die übrigen Parteien vergeblich darum bemüht, CDU und FPD für die Wortwahl „Gleichstellung“ zu gewinnen, was diese jedoch unter Hinweis auf die damit angeblich verfolgte „Ergebnisgleichheit“ abgelehnt hatten, vgl. dazu die Kritik von *Limbach*, in Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschlands, S. 299 ff. Sachs-*Osterloh*, GG, Art. 3, Rn. 282 rät dazu, den Begriff der „Gleichstellung“ – wie auch denjenigen der „Angleichung der Lebensverhältnisse“ (s. bspw. BVerfGE 85, 191 (206 f.) – zu vermeiden, da ansonsten nicht deutlich würde, dass sich die zulässige Förderung streng auf das Ziel der Förderung der Chancengleichheit beschränkt. Ähnlich *Ebsen*, JURA 1990, 515 (518), der deshalb von „tatsächlicher Gleichberechtigung“, „Chancengleichheit“ oder „*De-Facto*-Gleichheit“ spricht. Trotzdem stößt man in der Literatur nicht selten auf den Begriff der „Gleichstellung“, vgl. z.B. Rust-*Laskowski*, AGG, Einl., Rn. 369, Dreier-*Heun*, GG, Art. 3, Rn. 104, wenn damit wohl auch nur *leistungsbezogene Gleichstellung* gemeint ist. Speziell zur Quotenregelung *Huster*, AöR 1993, 109 ff.

⁴⁴⁷ „Kein subjektives Grundrecht“, so Bericht Gem. Verf.kommission, BT-Drucks. 12/6000, 53.

⁴⁴⁸ *Hoffmann H.*, FamRZ 1995, 257 (261).

⁴⁴⁹ Von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 93 d, Dreier-*Heun*, GG, Art. 3, Rn. 112 (Fn. 656). Vgl. ausführlich auch *Huster*, AöR 1993, 109 ff.

Gleichberechtigung von Frauen und Männern durchzusetzen⁴⁵⁰, und zwar auch, soweit Ungleichheiten auf Private zurückgehen⁴⁵¹.

3. Die Differenzierungsverbote und das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung

Die besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG konkretisieren den allgemeinen Gleichheitsgedanken dadurch, dass sie bestimmte menschliche Verschiedenheiten insoweit als unbeachtlich qualifizieren bzw. „rechtlich neutralisieren“, als ihretwegen weder „benachteiligt“ noch „bevorzugt“ werden kann. Neben dem Geschlecht finden die Merkmale Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft⁴⁵², Glauben, religiöse und politische Anschauungen⁴⁵³ Erwähnung.

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 stellt ein subjektives Grundrecht mit Abwehrcharakter gegen verbotene Ungleichbehandlungen dar, in dessen Rahmen nach nunmehr überwiegender Ansicht auch vor mittelbaren Diskriminierungen geschützt wird; diesen Schluss zieht man hinsichtlich sämtlicher Merkmale aus der Rechtsprechung des BVerfG, wonach Abs. 3 Satz 1 Schutz vor mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährleistet⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ BVerfGE 85, 191 (207). Von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 93 c, Von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 311.

⁴⁵¹ Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 90. Sofern es allerdings lediglich um die *Abwehr* staatlicher Maßnahmen geht, die direkt an das Geschlecht anknüpfen, soll sich dieser Komplex der Gleichberechtigung mit dem Differenzierungsverbot des Abs. 3 Satz 1 GG überschneiden, vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 259, Fn. 550 f.

⁴⁵² Bei der Normierung des Merkmals „Heimat und Herkunft“ hat der Gesetzgeber an die „soziale Herkunft und insbesondere an die Vertriebenen“ gedacht, vgl. Vgl. JöR Bd. 1 (1951), 67. Das Bundesverfassungsgericht versteht Heimat als „die örtliche Herkunft nach Geburt oder Ansässigkeit“, die Herkunft hingegen als die „ständisch soziale Abstammung und Verwurzelung“, vgl. BVerfGE 5, 17 (22).

⁴⁵³ Diese drei Merkmale sind im Normtext sprachlich miteinander verbunden und überschneiden sich mit speziellen Schutznormen wie Art. 4, 5 und 33 Abs. 3 GG. Wohl auch deshalb führen sie in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein „merkwürdiges Schattendasein“, vgl. BVerfG 63, 266 (303).

⁴⁵⁴ BVerfGE 97, 35 (43), BVerfGE 104, 373 (393). Zustimmend Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 255 ff., Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 119, Münch-Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 86, 103, Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 103, 116, Rust-Laskowski, AGG, Einleitung, Rn. 370. Auch die Frage, ob die Ungleichbehandlung bezweckt sein muss (so früher BVerfGE 75, 40 (70): „verbietet nur die

Eine gegenüber den in Abs. 3 Satz 1 erwähnten Merkmalen eigenständige Stellung nimmt hingegen dasjenige der Behinderung ein, auf dessen Grundlage lediglich „nicht benachteiligt“ werden darf⁴⁵⁵. Die Regelung gewährt nicht nur ein subjektives grundrechtliches Abwehrrecht, sondern bildet auch die Grundlage dafür, durch staatliche Maßnahmen die zwischen Nichtbehinderten und Behinderten vorhandenen Unterschiede sozial auszugleichen⁴⁵⁶, um die Stellung behinderter Menschen in Recht und Gesellschaft zu stärken⁴⁵⁷. Die Zulässigkeit begünstigender Sondermaßnahmen muss damit nicht erst im Rahmen relativierender Interpretation eines weitergehenden Differenzierungsverbots geprüft werden⁴⁵⁸.

Allerdings sind nach überwiegender Auffassung⁴⁵⁹ damit keine verfassungs-unmittelbaren Ansprüche im Sinne originärer subjektiver Leistungsansprüche verbunden: wenn Abs. 3 Satz 2 ein über das Benachteiligungsverbot hinausgehendes „Bevorzugungsgebot“ (oder „positives Benachteiligungsverbot“⁴⁶⁰) aufstellt, um auf die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen hinzuwirken⁴⁶¹, dann bedeutet dies nicht automatisch, dass damit auch unmittelbare Teilhaberechte des Behinderten auf konkrete staatliche Leistungen korrespondieren⁴⁶². Das Benachteiligungsverbot sollte insofern nur klarstellen, dass bereits gewährte Vorzüge mit der Grundgesetz-Änderung nicht unzulässig werden⁴⁶³.

bezweckte Benachteiligung oder Bevorzugung, nicht aber einen Nachteil oder einen Vorteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist“), oder ob es ausreicht, dass in erster Linie andere Ziele verfolgt werden, ist mittlerweile vom BVerfG dahingehend entschieden worden, dass Abs. 3 Satz 1 selbst dann einschlägig sein kann, wenn für die Ungleichbehandlung auch andere Gründe maßgeblich gewesen sind; ein sog. „Motivbündel“ wird als ausreichend erachtet (BVerfGE 85, 191 (206), bezeichnet dies als „Klarstellung“ von BVerfGE 75, 40 (70), Urteil vom 8. April 1987 (Fn. 210)). Dem kann nur zugestimmt werden: Die Regelung wäre leicht zu umgehen, könnte die Differenzierung auf andere, in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht erwähnte Gründe gestützt werden. Dies wird durch die Klarstellung der Austauschbarkeit von Zweck und Gründen einer Maßnahme vermieden, vgl. Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 252.

⁴⁵⁵ Vgl. auch die Beiträge von Jürgens A., ZRP 1993, 129 ff., ders., DVBl. 1997, 410 ff., Neuner, NJW 2000, 1822 ff., Jürgens G., NVwZ 1995, 452 ff.

⁴⁵⁶ Caspar, EuGRZ 2000, 135 (137).

⁴⁵⁷ BT-Drucks. 12/8165, 29.

⁴⁵⁸ Bericht Gemeins. Verf.kommission, BT-Drucks. 12/6000, 53. Caspar, EuGRZ 2000, 135 (137).

⁴⁵⁹ Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 123, Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 305, Von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 104 b, offen gelassen aber in BVerfGE in 96, 288 (302, 304).

⁴⁶⁰ Vgl. Caspar, EuGRZ 2000, 135 (140).

⁴⁶¹ BT-Drucks. 12/8165, 29.

⁴⁶² So die h.M., vgl. nur Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 305.

⁴⁶³ BT-Drucks. 12/6000, 53.

Nach Ansicht des BVerfG ist das Benachteiligungsverbot dahingehend zu verstehen, dass es einen Anspruch auf sachgerechte Abwägung und Abwägungsbegründung verleiht, der auch dann verletzt sein kann, wenn der Ausschluss der Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinreichend kompensiert wird⁴⁶⁴. Eine unzulässige Benachteiligung liegt also nicht nur dann vor, wenn die Situation des Behinderten verschlechtert wird⁴⁶⁵ – wie dies beispielsweise im Falle der Verweigerung von jedermann zustehenden Leistungen oder des möglichen Zutritts zu öffentlichen Einrichtungen der Fall sein kann –, sondern auch im Falle des Fehlens kompensierender Maßnahmen ohne ausreichende sachliche Begründung. Damit nähert sich die Regelung, die als Konkretisierung des Förderungs- und Integrationsauftrags des Sozialstaatsprinzips verstanden wird⁴⁶⁶, trotz ihrer lokalen Verortung in Abs. 3 dogmatisch und inhaltlich eher an Abs. 2 an⁴⁶⁷.

Das Grundgesetz schützt die in Art. 3 genannten Merkmale damit auf ganz unterschiedliche Art und Weise: Während wegen einer Behinderung lediglich nicht „benachteiligt“ werden darf, besteht hinsichtlich der übrigen Merkmale sowohl ein Verbot der Benachteiligung als auch der Bevorzugung, das hinsichtlich des Geschlechts ausdrücklich um eine staatliche Förderungspflicht und Pflicht zum Abbau von Nachteilen ergänzt wird. Insofern ist der Schutz dieses Merkmals am weitesten ausgebaut, gefolgt von dem der Behinderung und im Anschluss daran der Merkmale Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse und politische Anschauungen.

Ein Vergleich der grundgesetzlichen Vorgaben mit den Regelungen des Völkerrechts zeigt, dass das Grundgesetz beispielsweise einer Bezugnahme auf Eigentum, Geburt und Hautfarbe entbehrt und außerdem keine Öffnungs- oder Auffangklausel enthält⁴⁶⁸. Im Gegensatz zum Gemeinschaftsrecht erfolgt zwar keine

⁴⁶⁴ BVerfGE 96, 288 (303).

⁴⁶⁵ Caspar, EuGRZ 2000, 135 (140), Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 306, 315.

⁴⁶⁶ Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 142. Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 305.

⁴⁶⁷ Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 134. Vgl. auch BT-Drucks. 12/8165, S. 29 („Staatlicher Schutzauftrag“).

⁴⁶⁸ Teilweise nimmt man aber an, dass Art. 3 Abs. 3 GG trotz des Wortlauts lediglich eine Mindestsicherung gegen unzulässige Differenzierung darstellt und daher nicht abschließend ist, so

Bezugnahme auf die sexuelle Ausrichtung⁴⁶⁹ und das Alter; dafür enthält die deutsche Verfassung aber die Merkmale Sprache, Heimat und Abstammung.

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben bleiben nach Umsetzung der Richtlinien insofern relevant, als sie ohne Beschränkung dort anwendbar sind, wo das AGG über die gemeinschaftsrechtlichen Anordnungen hinausgeht⁴⁷⁰. Auch in den Bereichen, in denen dem deutschen Gesetzgeber ein Umsetzungsspielraum verbleibt, besteht weiterhin eine Bindung, allerdings unter Beachtung des Gebots der gemeinschaftsgrundrechtskonformen Ausgestaltung⁴⁷¹.

III. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz im Privatrechtsverkehr

Wie bereits angedeutet, ist die Frage nach der Geltung des Grundrechte im Privatrechtsverkehr nicht für jedes Grundrecht oder gar für jeden Tatbestand des Art. 3 GG getrennt zu stellen. Zwar handelt es sich um ein Problem, dessen ursprünglicher Ausgangspunkt in Art. 3 Abs. 2 GG zu finden ist⁴⁷², es betrifft jedoch eine Frage des Verständnisses bzw. der Einordnung *aller* Grundrechte⁴⁷³ und ist deshalb Gegenstand allgemeiner grundrechtstheoretischer und -dogmatischer Diskussionen. Letztere wurden

Schmidt-Bleibtreu-Kannengießer, GG, Art. 3, Rn. 57 m.w.N.; a.A. Nussberger, JZ 2002, 524 (524 f.) m.w.N.

⁴⁶⁹ Vorschläge zur Änderung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 zum Schutz der sexuellen Identität konnten im Rahmen der Beratungen zur Grundgesetznovelle keine Mehrheit finden, vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, in BT-Drucks. 12/6000, 54.

⁴⁷⁰ In den Bereichen, in denen dem deutschen Gesetzgeber kein Umsetzungsspielraum verbleibt (beispielsweise hinsichtlich der Festsetzung von Diskriminierungsverboten), geht man von einer „integrationsbedingten Relativierung der Grundrechtsbindung“ aus. Dabei soll die Grundrechtsbindung entweder wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts entfallen, oder aber die *modifizierte* Grundrechtsbindung nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG eingreifen, vgl. Streinz, Europarecht, Rn. 233; dazu auch Frenz, DVBl. 1995, 408 (413 f.), Burgi, DVBl. 1995, 772 (773).

⁴⁷¹ Dreier-Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 19.

⁴⁷² Bereits kurz nach Inkrafttreten des Grundgesetzes war ein Streit über die Geltung von Art. 3 Abs. 2 GG im Privatrecht entbrannt, der sich speziell auf den Grundsatz der Lohnleichheit zwischen Mann und Frau bezog, vgl. hierzu näher Beitzke, in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 199 ff.

⁴⁷³ Eine Ausnahme bildet nach h.M. lediglich Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit), auch wenn das BVerfG (BVerfGE 73, 261 (269 f.) hier ebenso von „Ausstrahlungswirkung“ spricht.

bereits andernorts ausführlich dargestellt⁴⁷⁴ und sollen vorliegend nur angerissen werden; das Hauptaugenmerk wird auf die speziellen Problemfelder und Argumentationslinien im Rahmen von Art. 3 GG gelegt.

Hinreichend bekannt ist, dass nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der grundrechtlichen Einwirkung auf den Privatrechtsverkehr umstritten ist⁴⁷⁵. Dass die Grundrechte sich auch auf die Beziehungen zwischen Privaten auswirken, wird nicht bestritten. In den Diskussionen, die sich um Art und Ausmaß der Einwirkung drehen, geht die ganz h.M. im Anschluss an die Lehre Dürigs⁴⁷⁶ von einer (nur) mittelbaren Drittwirkung aus; die Idee einer unmittelbaren Bindung der Privatrechtssubjekte an die Grundrechte wurde hauptsächlich in der älteren Literatur und – als einzigem Bundesgericht – vom BAG im Anschluss an die Lehre seines ersten Präsidenten Nipperdey vertreten⁴⁷⁷. Das BVerfG hat sich bereits im Jahre 1958 in der bekannten Entscheidung „Lüth“ der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung angeschlossen und festgestellt, dass das im Grundgesetz enthaltene objektive Wertesystem „als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“, mithin „auch des Zivilrechts“, gelten muss, und dass „keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift in Widerspruch zu ihm stehen“ darf. Dabei wirken die Generalklauseln als „Einbruchstellen“ der Grundrechte, bei deren Auslegung und Anwendung die verfassungsrechtlichen Vorgaben als Richtlinien zu beachten sind⁴⁷⁸.

Dass die Privatrechtssubjekte nicht gleichermaßen wie der Staat an die Grundrechte gebunden sind, soll der Tatsache Rechnung tragen, dass sich im Rahmen der Privatrechtsbeziehungen auf beiden Seiten Grundrechtsträger und nicht wie im Staat-Bürger-Verhältnis Grundrechtsträger und Grundrechtsadressat gegenüberstehen. Die

⁴⁷⁴ Mit umfassenden Literaturnachweisen *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 132 ff. und *Oeter*, AÖR 1994, 529 ff.

⁴⁷⁵ Insofern missverständlich *Klein*, NJW 1989, 1633 (1639): „während mit „Drittwirkung“ die Frage angesprochen ist, ob und wie die Grundrechte auf die Beziehungen zwischen Privaten einwirken“.

⁴⁷⁶ *Dürig*, in FS Nawiasky, 1956, 156 ff.

⁴⁷⁷ Vgl. das BAG in seinen früheren Entscheidungen, BAGE 1, 185 (191 ff.), BAGE 4, 274 (276 f.), BAGE 24, 438 (441). Aus der Literatur *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 356 ff. Vgl. aber die Rechtsprechungsänderung seit BAGE 48, 122 (138 f.) sowie BAG, NJW 1987, 674 (676). Nachweise zur h.M. bei *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 136, Fn. 513.

⁴⁷⁸ BVerfGE 7, 198 (206 f.).

sich gegenüberstehenden Interessen und Positionen sind daher im Rahmen eines Abwägungsprozesses zum Ausgleich zu bringen⁴⁷⁹.

Was nun speziell die Abwägungsproblematiken im Rahmen von Art. 3 GG angeht, so zeigt ein Blick in die einschlägige Kommentarliteratur zum Grundgesetz, dass diese Abwägung jedenfalls im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes bisher überwiegend zugunsten der – verfassungsrechtlich implizit durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten – Privatautonomie ausfiel⁴⁸⁰: Es sei im Rahmen der Drittwirkung zu beachten, dass der Grundsatz der Privatautonomie Art. 3 GG nicht zum Opfer fallen dürfe, da ansonsten das Privatrecht „illusorisch“ gemacht werde⁴⁸¹. Ausdrücklich spricht man sich für „den grundsätzlichen Vorrang der Freiheit“ aus, denn „je weiter man Art. 3 GG in den privatrechtlichen Bereich hineinwirken lässt, desto stärker wird die Privatautonomie eingeschränkt“⁴⁸². Ansprüche auf Gleichbehandlung will man demnach zwar gegenüber Vertragspartnern mit „marktherrschender Stellung“ oder „struktureller Überlegenheit“ gewähren, eine Pflicht zum Vertragsschluss nimmt man im Falle von Monopolstellungen an, wenn lebensnotwendige Güter und

⁴⁷⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 484 f. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass im Ergebnis auch die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung eine Abwägungsentscheidung trifft, da auch sie die Privatautonomie mit berücksichtigt und den Bürger nicht in gleichem Umfang wie den Staat an die Grundrechte gebunden sieht: Auch im Rahmen dieser Lehre wirken die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte nur gegen den Staat, nicht aber gegen Private. Daher ist es nicht auszuschließen, dass sie zu den gleichen Resultaten wie die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung kommen kann; vgl. Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 138. Siehe auch Klein, NJW 1989, 1633 (1939 f.).

⁴⁸⁰ So auch Schoch, DVBl. 1988, 863 (871), der feststellt, dass „die Präponderanz der Freiheit weitgehend akzeptiert“ zu sein scheint; vgl. aber Bleckmann, DVBl. 1988, 938 (946), der unter Verweis auf die Kommentierung von v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 3, Rn. 194 (3. Auflage von 1985) und Maunz/Dürig-Dürig, Art. 3 Abs. 1, Rn. 505 f. feststellt, dass „der Grundsatz (galt), dass der Gleichheitssatz der Vertragsfreiheit der Individuen keine Grenzen zog“, der aber mit einer „entscheidenden Wende“ rechnete, da Art. 3 Abs. 2 und 3 GG die Vertragsfreiheit „zunehmend zurückdrängen“ würden.

⁴⁸¹ So von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 291. Trotz des Inkrafttretens des AGG liest man in Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 13: „Doch hat die Vertragsfreiheit grundsätzlich Vorrang; ist daher die Ungleichbehandlung allein Folge privater Verträge, liegt keine Beeinträchtigung vor“. Näher zum Spannungsverhältnis zwischen Gleichheitsgrundsatz und Freiheitsgrundrechten Schoch, DVBl. 1988, 863 (871 ff.).

⁴⁸² Von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 2 a.E.

Dienstleistungen angeboten werden. Im übrigen aber hält man es für eine „Aufgabe des Gesetzgebers, das Gleichheitsgebot im Privatrechtsverkehr durchzusetzen“⁴⁸³.

Zwar stellt sich die Lage im Hinblick auf die speziellen Diskriminierungsverbote etwas anders dar: Im Rahmen der Kommentierungen zu Art. 3 Abs. 2 kann man lesen, dass der „auch als objektive Verfassungsnorm wirkenden Regelung“ im Rahmen der Anwendung und Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln eine über Abs. 1 hinausgehende Bedeutung zukomme⁴⁸⁴. Dies gelte mithin auch für Abs. 3 Satz 1, der im Vergleich zu Abs. 2 allerdings „schwächere Wirkungen“ entfalten soll⁴⁸⁵. Die (äußerst seltene) Bezugnahme auf *konkrete* Fallgestaltungen beschränkt sich auf die Erwähnung der „z.T. anzutreffenden Praxis, Mietsuchende wegen ihrer Hautfarbe abzuweisen oder Gaststätten für Ausländer oder Gastarbeiter zu sperren“: Dabei wird kurz und knapp festgestellt, dass eine solche „natürlich sittenwidrig“ sei, und es nicht einmal der Grundrechte bedürfe, um zu einem derartigen Ergebnis zu gelangen⁴⁸⁶.

Auf den ersten Blick etwas schärfer umrissen sind die Worte der Gemeinsamen Verfassungskommission anlässlich der Einfügung des Benachteiligungsverbots aufgrund einer Behinderung: Diese stellt im Zusammenhang mit der mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG fest, dass die Regelung mittels ihrer Ausstrahlungswirkung auf die rechtlichen Beziehungen Privater einwirkt und klarstellt, dass „allgemeine Handlungsfreiheit und Privatautonomie zur Rechtfertigung krass diskriminierender Handlungen künftig nicht mehr herangezogen“ werden können⁴⁸⁷. Was aber sind „krass diskriminierende Handlungen“? Soll wiederum grundsätzlich eine Reduzierung auf das Problem der unmittelbaren Diskriminierungen erfolgen, ähnlich wie in den soeben erwähnten „Gaststättenfällen“ mit Zutrittsverweigerung für Ausländer⁴⁸⁸?

Und welche Folgerungen hätten aus den genannten Annahmen beispielsweise für die – so viel diskutierten – „Behindertenurteile“ gezogen werden müssen, die bis vor

⁴⁸³ So Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 71. Ähnlich von Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG, Art. 3, Rn. 295.

⁴⁸⁴ Vgl. von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 82, Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 92, Dreier-Heun, GG, Art. 3, Rn. 113, Sachs-Osterloh, GG, Art. 3, Rn. 65.

⁴⁸⁵ Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3, Rn. 133.

⁴⁸⁶ Von Münch/Kunig-Gubelt, GG, Art. 3, Rn. 2 a.E.

⁴⁸⁷ BT-Drucks. 12/8165, 29.

⁴⁸⁸ Dazu Rädler, NJW 1998, 1621 ff.

wenigen Jahren für Aufsehen, in erster Linie Kritik⁴⁸⁹ und nur selten für Zustimmung⁴⁹⁰ gesorgt haben? Dabei ging es unter anderem um einen Fall des Nachbarschaftsrechts⁴⁹¹, in dem das Gericht die „unharmonischen Geräusche“ der Kommunikation geistig Behinderter als „wesentlich“ im Sinne von § 906 BGB (bzw. als „erheblich“ im Sinne von § 3 Abs. 1 BImSchG)⁴⁹² gewertet hat und die Nutzung einer Gartenanlage der die Behinderten beherbergenden Struktur an gerichtlich angeordnete, äußerst rigide Zeiten gebunden worden ist. Die sog. Reisefälle⁴⁹³ hatten gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Urlaubern und Reiseveranstalter zum Gegenstand, die nicht direkt in die subjektiven Rechtspositionen Behinderter eingriffen, wo diese aber der Auslöser für die Minderungsansprüche waren, die die Kläger geltend machten, weil sie sich durch den bloßen Anblick behinderter Urlauber im Speisesaal übermäßig beeinträchtigt und gestört fühlten⁴⁹⁴.

Die Reiserurteile waren vor der Einführung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gefallen. Im Nachbarschaftsfall aus dem Jahre 1998 hingegen hatte das Gericht das Urteil zwar unter „Berücksichtigung“ der Ausstrahlungswirkung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gefällt, war aber dennoch zu einer für den Kläger unzumutbaren Belastung gekommen: Aus „den misslungenen Sprechversuchen“ resultierten nach Ansicht der Richter Laute, die „von einem unvoreingenommenen Zuhörer als unharmonisch, fehlmoduliert und damit als unangenehm empfunden werden“⁴⁹⁵. Problematisch erscheint an dieser Wertung insbesondere die Tatsache, dass das Gericht ungeachtet der Dauer und die

⁴⁸⁹ *Lachwitz*, NJW 1998, 881 ff., *Caspar*, EuGRZ 2000, 135 ff., *Rädler*, NJW 1998, 1621 ff., *Dietrich*, ArbuR 1998, 290. *Sachs-Osterloh*, GG, Art. 3, Rn. 307.

⁴⁹⁰ *Wassermann*, NJW 1998, 730 f.

⁴⁹¹ OLG Köln, NJW 1998, 763 ff.

⁴⁹² § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB hat folgenden Wortlaut: „Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt“. Die neuere Rechtsprechung setzt dabei das Tatbestandsmerkmal der „Wesentlichkeit“ nach § 906 Abs. 1 BGB mit dem Merkmal der „Erheblichkeit“ nach § 3 Abs. 1 BImSchG gleich, was die einheitliche Wertung zwischen privatrechtlichem Nachbarschutz und öffentlichem Immissionsschutzrecht herstellt, vgl. *Caspar*, EuGRZ 2000, 136 (142 f.).

⁴⁹³ AG Flensburg, NJW 1993, 272 ff., LG Frankfurt, NJW 1980, 1169 ff.

⁴⁹⁴ Kritisch *Neuner*, NJW 2000, 1822 (1833), der es als Fehlgriff bezeichnet, Behinderte als „ästhetische Belastung“ zu definieren, der aber auch darauf hinweist, dass Lärmstörungen oder Verunreinigungen rechtlich genauso beachtlich sind, wie wenn sie durch ein Kind verursacht werden.

⁴⁹⁵ OLG Köln, NJW 1998, 763 (766).

Lautstärke ausschließlich auf die Art der Geräusche, denen der Kläger ausgesetzt war, abgestellt hat. Damit nimmt es einzig die Äußerungsform als Störungsquelle und damit ein Merkmal zum Ausgangspunkt, das geistig behinderten Menschen „wesensimmanent“⁴⁹⁶ ist. Dass eine solche „offenkundige Diskriminierung“⁴⁹⁷ einer Integration Behinderter in der Gesellschaft nicht gerade förderlich ist, kann wohl kaum angezweifelt werden⁴⁹⁸. Ob die Verfassungsergänzung, die doch gerade „eklatanten Fehlgriffen unterer Zivilgerichte im Hinblick auf behinderte Menschen entgegenwirken“ sollte⁴⁹⁹, diesen Zweck auch wirklich erfüllen kann, ist daher fraglich⁵⁰⁰.

Zudem werden an solchen Entscheidungen die mit der Offenheit von Abwägungsentscheidungen einhergehenden rechtsdogmatischen Unsicherheiten besonders deutlich; die damit verbundene „Flexibilisierung“ der richterlichen Entscheidungstätigkeit, verstärkt durch die in der Literatur überwiegend pauschalen Aussagen zur Drittwirkungsproblematik für konkret zu entscheidende (Diskriminierungs-) Problematiken, war daher nicht selten Gegenstand von Kritik⁵⁰¹. Zum Abbau dieser Unsicherheiten und zur Verringerung der (verfassungs)-richterlichen Kontrolldichte ist in Deutschland daher bereits vor dem Erlass der gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien eine *gesetzliche* Weiterentwicklung privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes ausdrücklich angemahnt worden⁵⁰². Um dem verfassungsrechtlich verankerten Recht auf Nichtdiskriminierung im Privatrechtsverkehr zu wirksamer(er) Geltung zu verhelfen, als es bis vor Erlass des AGG auf Grundlage der

⁴⁹⁶ Lachwitz, NJW 1998, 881 (882), Dietrich, ArbuR 1998, 289 (290).

⁴⁹⁷ Vgl. Neuner, NJW 2000, 1822 (1833).

⁴⁹⁸ Das BVerfG hat die im Anschluss an das ergangene Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde wegen fehlender Erschöpfung des Rechtsweges nicht zur Entscheidung angenommen, vgl. BVerfG, NJW 1998, 2663.

⁴⁹⁹ BT-Drucks. 12/8165, 28 f., BT-Drucks. 12/6323, 11 f.

⁵⁰⁰ Anders aber nunmehr AG Kleve, NJW 2000, 84 (84): „Die Bejahung eines Reisemangels bei einem Zusammentreffen des Reisenden mit körperlich und geistig Behinderten im selben Hotel würde die erstrebenswerte Eingliederung solcher Behinderter in die Gesellschaft erheblich erschweren, wenn ein Reiseveranstalter es wegen drohender Gewährleistungsansprüche ablehnen würde, solche Behinderten mitreisen zu lassen. Eine Diskriminierung und Isolierung reisewilliger Behinderter wäre die Folge.“

⁵⁰¹ Vgl. die Literaturnachweise bei Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 140, Fn. 532.

⁵⁰² Unter Hinweis auf Klarstellungs- und Lenkungsfunction der Gesetzgebung Rädler, ZRP 1997, 5 (5); vgl. auch die Plädoyers zugunsten privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes von Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit und Nickel, Gleichheit und Differenz.

als „Einbruchsstellen“ der Grundrechte wirkenden Generalklauseln noch der Fall war⁵⁰³, hat man eine solche gesetzliche Weiterbildung mit dem Bestehen sogenannter Schutzpflichten des Gesetzgebers zu begründen versucht⁵⁰⁴.

Im Rahmen des Problemfelds der Schutzpflichten geht es nicht wie bei der Drittwirkungsproblematik darum, wie die Grundrechte auf die Beziehungen zwischen Privaten wirken. Gegenstand der Thematik ist die an den Staat bzw. in erster Linie an den Gesetzgeber adressierte Pflicht, grundrechtlich geschützte Güter auch gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte ausreichend abzuschirmen, und sich dabei (auch) der Mittel des Privatrechts zu bedienen⁵⁰⁵: Es geht mithin darum, die Integrität des Schutzgegenstands über die abwehrrechtliche Dimension hinaus zur Geltung zu bringen⁵⁰⁶.

Eine thematische Verbindung der beiden Bereiche besteht insofern, als dass Gegenstand der staatlichen Schutzpflichten die Abwehr nichtstaatlicher – und damit überwiegend privater – Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Güter ist⁵⁰⁷. Im vorliegend interessierenden Bereich geht es damit um die Frage, inwieweit der Staat in Bezug auf diskriminierende Verhaltensweisen Privater gegenüber den nach Art. 3 GG besonders geschützten Personengruppen zu einem vor Diskriminierungen schützenden Tätigwerden verpflichtet werden kann. Das Bestehen staatlicher Schutzpflichten ist in einer vor Erlass des AGG unternommenen Untersuchung einerseits mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG), das auch ein gewisses Maß an ökonomischer Chancengleichheit garantiert, andererseits mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG), die den Anspruch auf Anerkennung als Gleiche(r) verlangt, begründet worden⁵⁰⁸. Daneben kommt außerdem Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage in Betracht, der die Vertragsfreiheit im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit verfassungsrechtlich absichert: Dass dem Staat aus diesem Grundrecht eine Schutzpflicht erwächst, ist unstreitig⁵⁰⁹. Wenn nun der

⁵⁰³ Dazu sogleich unten IV.

⁵⁰⁴ Vgl. insbesondere *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 132 ff.

⁵⁰⁵ Das ist gemeinhin anerkannt, vgl. bspw. *Klein*, NJW 1989, 1633 (1639), *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1765).

⁵⁰⁶ *Sachs-Sachs*, GG, vor Art. 1, Rn. 35.

⁵⁰⁷ *Klein*, NJW 1989, 1633 (1639), *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1765), *Canaris*, AcP 1984, 201 (224).

⁵⁰⁸ Vgl. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 148 ff. Siehe auch *Sachs-Sachs*, GG, vor Art. 1, Rn. 35.

⁵⁰⁹ Vgl. nur BVerfGE 89, 214 (231 f.).

Gesetzgeber Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr aufstellt, kommt er dieser Schutzpflicht insofern nach, als er bestimmten (unterlegenen) Personengruppen den Zugang zu Wohnraum, Dienstleistungen, Bildung, usw. auch *faktisch* ermöglicht. Vertragsfreiheit ist bipolar, sie bedeutet gleiche Freiheit. Wo sie in dieser Form nicht besteht – und das ist der Fall, wenn Anbieter von Waren und Dienstleistungen die nach Art. 3 Abs. 3 GG für besonders schutzwürdig erklärten Gruppen diskriminieren und sie von zentralen Bereichen des sozialen Lebens ausschließen –, muss der Staat in die Pflicht genommen werden, damit Vertragsfreiheit auch tatsächlich zu privatautonomer Lebensgestaltung genutzt werden kann. Dieser Pflicht kommt der Gesetzgeber mit Erlass des AGG nunmehr nach⁵¹⁰.

Die Darstellung der verfassungsrechtlichen Vorgaben hat gezeigt, dass die Grundrechte allein nicht ausreichend waren, um vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr effektiv zu schützen – auch wenn das von der Bundesregierung in einer Stellungnahme im Jahr 1996 noch anders gesehen wurde: Dort hat sie hinsichtlich der Forderung, ein neues gesetzliches Instrumentarium zu schaffen, um Diskriminierungen in der Gesellschaft abzubauen, geltend gemacht: „Die Bundesregierung ist nachhaltig darum bemüht, Diskriminierungen durch gesetzliche Maßgaben vorbeugend zu begegnen. Dieser Aufgabe wird in weitem Umfang durch die unmittelbar anwendbaren und durchsetzbaren Vorschriften in der Verfassung über die Gleichbehandlung, durch detaillierte strafrechtliche Vorschriften, verwaltungsrechtliche Regelungen und durch die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften (...) erfüllt“⁵¹¹. Dass dem nicht so ist – die Vorschriften der Verfassung über die Gleichbehandlung sind bei Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr eben nicht „unmittelbar anwendbar und durchsetzbar“ –, ist deutlich geworden.

Inwiefern vor Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben die Generalklauseln des BGB als Einfallstore für die verfassungsrechtlichen Vorgaben wirken und einen ausreichenden Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr bieten konnten, wird im Folgenden kurz dargestellt.

⁵¹⁰ Rudolf/Mahlmann-Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 6, Rn. 17.

⁵¹¹ Antwort der Bundesregierung vom 26. Juni 1996 auf die Große Anfrage von Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucks. 13/2990), in BT-Drucks. 13/5065 (Teilabdruck in ZAR 1996, 195 (199)).

IV. Der bisherige Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr: Spezialgesetzliche Regelungen und der notwendige Rückgriff auf die Generalklauseln

Regelungen, die auf den Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr abzielten, existierten vor Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in verschiedenen Bereichen des deutschen Rechts. Im Strafrecht ist § 130 StGB, der den Tatbestand der Volksverhetzung regelt, allerdings auf schwerwiegende Diskriminierungen zugeschnitten, da die Handlung (die „Aufstachelung zum Hass gegen Teile der Bevölkerung“ bzw. die „Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen“ oder aber „der Angriff der Menschenwürde anderer durch Beschimpfung, böswilliges Verächtlichmachen oder Verleumdung von Teilen der Bevölkerung“) dazu geeignet sein muss, den „öffentlichen Frieden“ zu stören (§ 130 Abs. 1 StGB). Auf unterlassene Arbeitsanstellungen oder auf Zugangsverbote zu Gaststätten ist die Vorschrift daher wohl kaum bzw. äußerst selten anwendbar⁵¹². Auch Abs. 2, der die Verbreitung diskriminierender Schriften oder Rundfunkdarbietungen verbietet, nützt in den hier interessierenden Fällen wenig. Zwar sind auf die „alltäglichen“ Diskriminierungen die strafrechtlichen Beleidigungstatbestände anwendbar: Im Falle der Abweisung von Besuchern vor Gaststätten beispielsweise wird der Beleidigungstatbestand des § 185 StGB grundsätzlich als erfüllt angesehen, da es sich um einen „rechtswidrigen Angriff auf die Ehre eines anderen durch gewollte Kundgebung der Missachtung und Nichtachtung“ handelt. Allerdings ergeben sich in den zahlreichen Fällen verdeckter Missachtungen oft Zurechnungsprobleme, wenn etwa der Gastwirt auf Beschwerden seiner Gäste, und der Wohnungsmakler auf Aufträge der Eigentümer verweist: In diesen Fällen fehlt es oft an Anhaltspunkten, um den Handelnden das diskriminierende Verhalten auch zurechnen zu können⁵¹³.

Auch die im Ordnungswidrigkeitenrecht bestehende Bestimmung des § 118 Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG), auf die insbesondere im Rahmen von

⁵¹² Unverständlicherweise hat das OLG Frankfurt beim Anbringen eines Schildes vor einer Gastwirtschaft mit der Aufschrift „Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten“ schon den Angriff auf die Menschenwürde verneint, vgl. OLG Frankfurt, NJW 1985, 1720 ff. Vgl. dazu die Kritik bei Lohse, NJW 1985, 1677 f., Blau, JR 1986, 82 ff., Streng, FS Lackner, S. 501 (520 ff.).

⁵¹³ Vgl. näher Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 115 f.

Zugangsverboten zu Gaststätten gern zurückgegriffen wurde⁵¹⁴, kann zu keinen befriedigenden Ergebnissen führen: Voraussetzung ist eine „grob ungehörige Handlung“, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und den ordre public zu beeinträchtigen; schon dies ist bei Zutrittsverweigerungen häufig nicht der Fall. Und in den übrigen Fällen sind die Beweisschwierigkeiten meist so groß, dass § 118 Abs. 1 OwiG zum Schutz vor derartigen Diskriminierungen im Ergebnis nur äußerst wenig ausrichten kann⁵¹⁵.

Zudem führen die durch Rechtsstaatsprinzip und Analogieverbot bedingte Notwendigkeit der restriktiven Auslegung straf- und ordnungswidrigkeits-rechtlicher Vorschriften, die strengen Beweisregelungen zu Lasten der Diskriminierungsopfer sowie die hohen prozessualen Hürden insbesondere in Beleidigungsverfahren oft dazu, dass ein „öffentliches Interesse“ verneint⁵¹⁶ und die Betroffenen auf den Privatklageweg verwiesen werden⁵¹⁷. Dies macht eine effektive Rechtsdurchsetzung besonders schwierig. Im Ergebnis geht der Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr, der durch Regelungen strafrechtlicher bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlicher Natur gewährleistet wird, daher nicht über Einzelfälle hinaus. Abgesehen von diesen Lücken ist zudem äußerst zweifelhaft, ob das Strafrecht überhaupt der richtige Ort ist, um vor den hier interessierenden Missachtungen wirksam zu schützen⁵¹⁸.

Bis zum Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes fehlte es an einem umfassenden Spezialgesetz zur Regelung von Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr. Deshalb waren die Betroffenen auf die wenigen punktuell vorhandenen Regelungen angewiesen, die sich allerdings zum Großteil auf das Arbeitsrecht beschränkten und in erster Linie das Geschlecht betrafen: Aufgrund EG-rechtlicher Vorgaben (damalige Richtlinie 76/207/EWG, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG, sowie Richtlinie 75/117/EWG) fügte der deutsche Gesetzgeber im Jahre

⁵¹⁴ Vgl. näher *Timme*, ZAR 1997, 130 f.

⁵¹⁵ Zu diesem Ergebnis kommt die Untersuchung von *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 117.

⁵¹⁶ Folge ist die Ablehnung der Erhebung einer öffentlichen Klage, vgl. § 376 StPO.

⁵¹⁷ Dieser ist mit erheblichen Schwierigkeiten, u.a. mit einem nicht unbedeutenden Kostenrisiko verbunden, vgl. § 471 Abs. 2 StPO, vgl. näher *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 118 f.

⁵¹⁸ Vgl. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 118 m.w.N. Bejahend hingegen *Partsch*, EuGRZ 1994, 429 ff., *Kühner*, NJW 1986, 1397 (1401).

1980 mit erheblicher Verspätung⁵¹⁹ das Verbot der Geschlechterbenachteiligung in das Arbeitsrecht ein: Die (früheren⁵²⁰) §§ 611 a, 611 b und 612 Abs. 3 BGB⁵²¹ enthielten seitdem ein grundsätzliches, nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigendes Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, dem beruflichen Aufstieg, einer Weisung oder einer Kündigung (§ 611 a BGB) sowie bei der Vergütung (612 Abs. 3 BGB). In unzulänglicher Umsetzung der Richtlinie sprach § 611 a BGB der benachteiligten Arbeitnehmerin zunächst nur einen (meist auf einen Ersatz der Bewerbungskosten beschränkten⁵²²) Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu⁵²³. Eine erste Novelle im Jahr 1994⁵²⁴ brachte eine Erweiterung des Anspruchs der diskriminierten Bewerberin auf Entschädigung in Geld zunächst in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten; eine zweite Novelle im Jahr 1998⁵²⁵, bedingt durch die Entscheidung „Draempaehl“ des EuGH⁵²⁶, führte zu einem Anspruch auf eine nicht mehr generell beschränkte, sondern „angemessene“ Entschädigung in Geld. Ergänzt wurde § 611 a BGB einerseits durch § 611 b BGB – der das Verbot einer geschlechtsspezifischen Stellenausschreibung aufstellte –, andererseits durch § 612 Abs. 3 BGB, der wie bereits angedeutet gleichen Lohn bei gleicher oder gleichwertiger Beschäftigung gewährleistete. Die in § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB vorgesehene Beweislastumkehr erleichterte daneben potentiellen Diskriminierungsopfern den Nachweis erlittener Benachteiligungen.

Damit existierte zwar ein gewisser Schutz vor Diskriminierungen, doch war dieser zum einen auf den Bereich des Arbeitsrechts, zum anderen auf das Merkmal Geschlecht beschränkt. Der Wortlaut der Vorschriften verbot eine direkte Anwendung auf andere

⁵¹⁹ Die Umsetzungsfrist der beiden Richtlinien war bereits am 09. August 1978 bzw. am 10. Februar 1976 abgelaufen.

⁵²⁰ Gesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I 1980, 1308), nunmehr aufgehoben durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006 (in BGBl. I 2006, 1897).

⁵²¹ Vgl. zu diesen Bestimmungen im Einzelnen *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 134 ff.

⁵²² Ironisch sprach man deshalb auch vom „Portoparagraphen“.

⁵²³ § 611 b BGB bestimmte daneben, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich weder öffentlich noch innerhalb des Betriebs einen Arbeitsplatz nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben darf.

⁵²⁴ Art. 7 des zweiten Gleichberechtigungsgesetzes vom 24. Juni 1994, BGBl. I 1994, 1406 (Berichtigung BGBl. I 1994, 2103)

⁵²⁵ Gesetz vom 29.6.1998 zur Änderung des BGB und des Arbeitsgerichtsgesetzes, BGBl. I 1998, 1694.

⁵²⁶ EuGH Rs. C-180/95 (Draempaehl), Slg. 1997, I-2195.

Merkmale und selbst eine analoge Anwendung hätte kaum begründet werden können: hinsichtlich ethnischer Diskriminierungen etwa fehlte es schon an der notwendigen „ungewollten Lücke“⁵²⁷. Abgesehen davon hätte sich eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 611 a BGB auf die anderen Diskriminierungsmerkmale nur auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 3 GG begründen lassen, was jedoch im Endeffekt auf eine – vom Bundesverfassungsgericht gerade nicht vertretene – unmittelbare Drittwirkung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Diskriminierungsverbots hinausgelaufen wäre⁵²⁸. Zugunsten Behinderter konnte lediglich das Schwerbehindertengesetz angebracht werden, das zahlreiche Bevorzugungsregelungen enthält, zur Verhinderung von Diskriminierungen bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen aber nicht beiträgt⁵²⁹. In Bezug auf rassische Diskriminierungen fehlt es an einer positiv-rechtlichen Regelung im deutschen Arbeitsrecht. Zwar wird überwiegend angenommen, dass eine solche Diskriminierung „nicht unbegrenzt zulässig sei“⁵³⁰, doch sind Geltungsgrund und Reichweite insbesondere im Hinblick auf diskriminierende Vertragsverweigerungen umstritten: Diskriminierungen werden im Rahmen der Durchführung des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich als unzulässig erachtet; und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeber zumindest an § 242 BGB gebunden, wonach eine Kündigung etwa aus rassistischen Gründen unzulässig ist⁵³¹. Ein Problemfeld stellt jedoch der *Vertragsschluss* an sich dar, denn hier lehnt die Mehrheitsmeinung eine Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich ab⁵³². Auch auf Grundlage der außerhalb vom BGB enthaltenen Bestimmungen zum Arbeitsrecht ergibt sich kein grundsätzlich anderes

⁵²⁷ Vgl. BT-Drucks. 12/6865, 24, in der der Gesetzgeber betont, dass ein Schutz vor ethnischen Diskriminierungen insbesondere mit strafrechtlichen Mitteln gewährleistet werden soll.

⁵²⁸ Siehe näher die detaillierten Begründungen bei *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 119 ff.

⁵²⁹ Zum Schutz Behinderter im Arbeitsvertragsrecht vgl. die kritische Analyse bei *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 162 ff.

⁵³⁰ *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 171.

⁵³¹ Dass der Arbeitgeber bei Ausübung des arbeitsvertraglichen Kündigungsrechts grundsätzlich an § 242 gebunden ist, hat das BAG, BB 1995, 205 ff. bspw. in Bezug auf das Merkmal der Homosexualität festgestellt.

⁵³² Etwas weitergehender (allerdings erst seit der 5. Auflage aus dem Jahr 2000) *Löwisch*, Arbeitsrecht, Rn. 2004, der festgestellt, dass die Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 2 bei Einstellungsentscheidungen „nicht völlig außer Betracht bleiben dürfen“.

Bild: § 75 Betriebsverfassungsgesetz⁵³³, der zwar einen erheblich erweiterten Merkmalskatalog enthält – seit 2001 erfasst er neben Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politische oder gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung und Geschlecht auch das Merkmal der „sexuellen Identität“ (nicht aber die Behinderung⁵³⁴) – ist grundsätzlich nur im bestehenden Arbeitsverhältnis anwendbar, denn die Bestimmung bindet Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Erfüllung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten und schützt damit nicht vor diskriminierenden Handlungen bei der Einstellung⁵³⁵. Abgesehen davon bestehen im Rahmen von § 75 BetrVerfG erhebliche Beweisschwierigkeiten: Eine Beweislastumkehr wie in § 611 a Abs. 1 S. 3 ist ebenso wenig vorgesehen, wie eine Beweiserleichterung, so dass die Betroffenen auf Hintergrundinformationen angewiesen sind, über die sie in den so häufigen Fällen der verdeckten Diskriminierungen in der Regel nicht verfügen können. Schließlich ist die Anwendung der Vorschrift auf betriebsratslose Betriebe höchst umstritten⁵³⁶.

Und wie sah es auf anderen Gebieten des Vertragsrechts aus? Ein Bereich, der dem Arbeitsvertragsrecht häufig angenähert wird, ist die Wohnraummiete: Sowohl der Zugang zum Arbeitsmarkt als auch der Zugang zu gemietetem Wohnraum gehören zum existentiellen Bedarf des Einzelnen. Bei beiden Märkten wird zudem eine „den

⁵³³ In der aktuellen Fassung (geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 14. August 2006, in BGBl. I 2006, 1897) hat § 75 BetrVerfG folgenden Wortlaut:

(1) Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt.

(2) Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Sie haben die Selbständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer und Arbeitsgruppen zu fördern.

⁵³⁴ Wegen der nur beispielhaften Aufzählung sieht man allerdings unter Verweis auf Art. 3 Abs. 3 GG auch das Merkmal der Behinderung als erfasst, so *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 116.

⁵³⁵ So die überwiegende Meinung, vgl. statt aller *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 112 II, Ziff. 2. A.A. *Otto*, Personale Freiheit, S. 28, der für ein allgemeines Diskriminierungsverbot plädiert.

⁵³⁶ Unterschieden wird in diesem Rahmen zwischen betriebsratslosen, aber betriebsratsfähigen und betriebsratslosen, betriebsratsunfähigen Betrieben: Während im Rahmen letzterer eine Anwendung einstimmig abgelehnt wird (vgl. statt aller *Kreutz*, in GK-BetrVG, § 75, Rn. 4), ist die Anwendung auf erstere umstritten (befürwortend *Galperin/Löwisch*, § 75 BetrVG, Rn. 2, ablehnend *Kreutz*, in GK-BetrVG, § 75, Rn. 4).

Marktmechanismus beeinträchtigende Knappheitssituation“ angenommen⁵³⁷. Obwohl im Bereich der Wohnraummiete insbesondere ethnische Minderheiten, Behinderte und auch alleinerziehende Mütter mit Diskriminierungen zu kämpfen haben, bestanden bisher keine entsprechenden positiv-rechtlichen Regelungen. In der Literatur wurde über Probleme der Diskriminierung von Frauen auf dem Wohnungsmarkt ebenso wie über diejenigen von Behinderten nur äußerst selten diskutiert⁵³⁸, ganz zu schweigen von der Situation homosexueller oder älterer Menschen.

Lediglich die Lage ethnischer Minderheiten wurde zumindest teilweise erörtert⁵³⁹. Vereinzelte mietrechtliche Entscheidungen, die der ethnischen Identität eines Mieters rechtliche Relevanz zusprachen⁵⁴⁰, fanden zunehmend die Kritik des Schrifttums. Da es aber auch hier bisher an spezifischen Diskriminierungsverboten fehlte, war der Schutz ethnischer Minderheiten vor Diskriminierungen bei Begründung und Beendigung von Wohnraummietverhältnissen äußerst schwach ausgestaltet⁵⁴¹.

Selbst im Rahmen des Verbraucherrechts mangelte es bisher an einer positiv-rechtlichen Festsetzung von Antidiskriminierungsregeln. Einzige Ausnahme war der Bereich des Versicherungsrechts, wo mit § 81 e VAG seit 1994 aufgrund der immer massiver werdenden diskriminierenden Praktiken der Versicherungswirtschaft ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit und der Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe bestand. Allerdings ist die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auf „Tarifbestimmungen und Prämienkalkulationen“ beschränkt, weshalb umstritten ist, ob

⁵³⁷ Vgl. *Esser/Weyers*, Schuldrecht, BT, S. 159 f.

⁵³⁸ Zugunsten Behinderter wurde erst Mitte 2001 (vgl. Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19. Juni 2001, BGBl. I 2001, 1149) eine Vorschrift zur Barrierefreiheit in das BGB eingefügt. § 545 a BGB Abs. 1 lautet: „Der Mieter kann vom Vermieter die Zustimmung zu baulichen Veränderungen oder sonstigen Einrichtungen verlangen, die für eine behindertengerechte Nutzung der Mietsache oder den Zugang zu ihr erforderlich sind, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat. Der Vermieter kann seine Zustimmung verweigern, wenn sein Interesse an der unveränderten Erhaltung der Mietsache oder des Gebäudes das Interesse des Mieters an einer behindertengerechten Nutzung der Mietsache überwiegt. Dabei sind auch die berechtigten Interessen anderer Mieter in dem Gebäude zu berücksichtigen“.

⁵³⁹ Vgl. *Derleder* WuM 1995, 96 ff.

⁵⁴⁰ So LG Mannheim, DWW 1977, 42 ff., LG Frankfurt, WuM 1970, 115, BGH, MDR 1970, 320.

⁵⁴¹ Zu Diskriminierungen im Rahmen der Wohnraummiete ausführlich *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 181 ff.

bzw. inwieweit sie beim *Abschluss* von Versicherungen Anwendung findet⁵⁴². Die Vorschrift sieht außerdem keine Beweislastumkehr zugunsten des Betroffenen vor, weshalb der Nachweis von Diskriminierungen in der Praxis nicht selten Schwierigkeiten bereitet. Abgesehen von der unsicheren Rechtslage ist man sich außerdem über die Natur der Bestimmung uneinig: Stellt sie tatsächlich ein privatrechtliches Diskriminierungsverbot dar oder handelt es sich lediglich um eine aufsichtsrechtliche Norm? In diesem (letzteren) Fall wären zwar die Aufsichtsbehörden zum Einschreiten ermächtigt, Parteien privater Verträge aber nicht zwingend gebunden⁵⁴³.

Vor Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien hatten ausführliche Untersuchungen zu den bisher vorhandenen spezialgesetzlichen Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr gezeigt⁵⁴⁴, dass diese völlig unzureichend waren. Unzulänglichkeiten bestanden nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht, sondern auch unter prozessrechtlichen Aspekten: Fehlende institutionelle Anbindungen, beispielsweise in Form von Verbandsbeteiligungen oder staatlichen Überwachungsinstitutionen, sowie beweisrechtliche Probleme – einzig im Rahmen von § 611 a BGB war eine Beweislastumkehr zugunsten des Betroffenen vorgesehen – machten eine effektive Rechtsdurchsetzung ausgesprochen schwierig.

Auch der Versuch, einen Schutz vor Diskriminierungen auf Grundlage der im BGB enthaltenen Generalklauseln, namentlich der „Guten Sitten“ (§ 138 Abs. 1 BGB) zu begründen oder auf § 826 BGB (der den Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung regelt) zurückzugreifen, führte nicht zu den gewünschten Ergebnissen: Die zwar *potentielle* Wirkungsmöglichkeit privatrechtlicher Diskriminierungsverbote auf der Grundlage der Reaktivierung der bürgerlichen Sittenordnung musste angesichts der (immer noch) überwiegend herrschenden Auffassung, die das Zivilrecht geradezu als

⁵⁴² Das Problem stellt sich bei allen Versicherungen, in deren Rahmen kein Abschlusszwang besteht (ein solcher ist lediglich bei der KfZ-Versicherung vorgesehen). Zwar hält man die Diskriminierung beim Abschluss von Versicherungen für noch schwerwiegender als bei der Erhebung von erhöhten Beiträgen (Mitteilungen der Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Ausländer, Diskriminierung von Ausländern in der KfZ-Versicherung, Bonn 1995, S. 7 ff.). Allerdings kann der Wortlaut der Vorschrift nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Diskriminierungsverbot beim Versicherungsabschluss wohl nur auf der Grundlage anderer Vorschriften begründbar ist, vgl. näher *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 125 ff.

⁵⁴³ Näher *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 212 f.

⁵⁴⁴ Ausführlich zu den einzelnen Rechtsgebieten und den dort bestehenden Regelungen *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 113 ff.

den „Zufluchtsort willkürlichen Verhaltens“⁵⁴⁵ verstehen will, erheblich relativiert werden⁵⁴⁶.

Wo sich ein Rückgriff auf die Generalklauseln als fruchtbar erwies – wie insbesondere im Falle rassistischer oder ethnischer Diskriminierungen⁵⁴⁷ –, stellten sich hinsichtlich der Rechtsfolgen Probleme: Denn bei den im Bereich Arbeits-, Wohnungs- und Gaststättenrecht meist vorkommenden *Vertragsverweigerungen* erweist sich § 138 BGB – der die Nichtigkeit eines sittenwidrigen Vertrages anordnet – für den gerade an der gleichberechtigten Teilnahme am Rechtsverkehr interessierten Betroffenen als völlig unbrauchbar. Aber auch der Rückgriff auf § 826 BGB konnte nicht die erhoffte Lösung bringen: Die Bestimmung verpflichtet denjenigen, der „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt“, zum Ersatz des Schadens. Aufgrund der Erforderlichkeit einer sittenwidrigen *vorsätzlichen* Schädigung wurden Schadensersatzansprüche daher meist auf Fälle des „allgemeinen Notbedarfs“ (und damit auf absolute Ausnahmefälle) beschränkt⁵⁴⁸. Abgesehen davon ist das Diskriminierungsopfer aber häufig gar nicht an Schadensersatz, sondern an der Erbringung der Leistung interessiert. Die auf Grundlage dieser Erkenntnis unternommenen Versuche, dem Betroffenen einen (verschuldensunabhängigen) Unterlassungsanspruch zuzusprechen⁵⁴⁹, sahen sich nicht nur hinsichtlich der Konstruktion eines solchen Anspruchs, sondern auch unter Verweis auf die Privatautonomie „als Grundpfeiler der Rechtsordnung“ vielfacher Kritik ausgesetzt⁵⁵⁰.

Einigkeit bestand grundsätzlich lediglich darüber, dass diskriminierende Vertragsverweigerungen eine Verletzung des im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB anerkannten

⁵⁴⁵ Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 129.

⁵⁴⁶ Siehe dazu die Kritik von Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 130 f. und Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 303 ff., 365.

⁵⁴⁷ Vgl. statt aller Bezenberger, AcP 1996, 395 ff.

⁵⁴⁸ Bezenberger, AcP 1996, 395 (424).

⁵⁴⁹ Vgl. die verschiedenen Ansätze bei Bork, Allgemeiner Teil, S. 252 (Rn. 669), Larenz, Schuldrecht I, § 4 I, Bezenberger, AcP 1996, 395 (429), MüKo-Kramer, BGB, Vor 145, Rn. 13.

⁵⁵⁰ Bydlinski, AcP 1980, 1 (32 f.), Kühner, NJW 1986, 1397 (1401). Umstritten sind im Übrigen vor allem Voraussetzungen und Reichweite des Kontrahierungszwangs, insbesondere die Frage danach, ob dieser auf die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern zu beschränken ist oder ob bzw. unter welchen Voraussetzungen auch im Falle nicht lebenswichtiger Güter ein Zwang zum Vertragsschluss bestehen kann, vgl. näher Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 390, Neuner, JZ 2003, 57 (61), ders., in Leible/Schlachter, S. 73 (90).

Persönlichkeitsrechts darstellen, und dem Betroffenen daher ein aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG ableitbarer Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens zu gewähren ist⁵⁵¹. Im Rahmen des Ersatzes des materiellen Schadens stellen sich jedoch insofern Schwierigkeiten, als dass der Geschädigte nur diejenigen Schäden ersetzt verlangen kann, die mit der Verletzung des Persönlichkeitsrechts inhaltlich zusammenhängen: Da eine Gesundheitsschädigung eher selten anzunehmen ist, bleibt dem Betroffenen meist nur der Ersatz der Rechtsverfolgungskosten⁵⁵². Abgesehen davon, ist die Anwendbarkeit von § 823 BGB auf die Fälle von Fahrlässigkeit und Vorsatz, und damit auf bewusste Diskriminierungen beschränkt.

Diese Schwierigkeiten machen zweierlei deutlich: zum einen, wie unsicher Diskriminierungsschutz im deutschen Vertragsrecht bisher ausgestaltet war⁵⁵³. Sanktionierungen diskriminierender Vertragsverweigerung bewegten sich, wie *Schiek* betont, bisher lediglich im „symbolischen Bereich“, von einem effektiven Diskriminierungsschutz in der Praxis kann daher kaum die Rede sein⁵⁵⁴. Zum anderen kann der Kritik, die die genannten Bestimmungen für ausreichend und den Erlass spezieller gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung daher für nicht erforderlich hält, auch aus einem anderen Grund nicht zum Tragen kommen. Denn die bisherige gesetzliche Lage würde den Anforderungen an die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben nicht genügen: Begründet eine Richtlinie Rechte und Pflichten Einzelner, müssen nach der Rechtsprechung des EuGH die Umsetzungsbestimmungen so bestimmt, transparent und klar sein, dass der Einzelne wissen kann, welche Rechte und Pflichten er hat⁵⁵⁵. Dass der Verweis auf die Generalklauseln und die fallweise entscheidende Rechtsprechung diese Kriterien nicht erfüllt, dürfte klar geworden sein. Der Erlass eines Antidiskriminierungsgesetzes im deutschen Privatrecht trägt damit nicht nur den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Rechnung, sondern leistet unter dem

⁵⁵¹ Vgl. aus der Rechtsprechung BAG, NJW 1990, 65 ff.

⁵⁵² Vgl. im Detail *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 390 f.

⁵⁵³ *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 131, kritisierte an der bestehenden Rechtslage insbesondere das Fehlen einer klarstellenden Gesetzgebung und das damit einhergehende Angewiesensein auf eine fallweise entscheidende Rechtsprechung; als Vorteil – weil flexibler – wertet diese Sittenwidrigkeitslösung hingegen *Otto*, Personale Freiheit, S. 146.

⁵⁵⁴ *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 390 und 409.

⁵⁵⁵ EuGH, Rs. C- 417/99 (KOM/Spanien), Slg. 1999, I-6015.

Gesichtspunkt der klarstellenden Funktion gesetzlicher Bestimmungen auch einen entscheidenden Beitrag zur Gewährung von Rechtssicherheit.

B. Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der Costituzione und bisheriger Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr

Ähnlich wie das BVerfG hat die *Corte costituzionale* schon bald die Bedeutung des Prinzips der Gleichheit als ein allgemeines, „die gesamte Rechtsordnung in ihrer objektiven Struktur bedingendes Prinzip“ betont⁵⁵⁶. Länger hingegen hat es gedauert, bis das Gleichheitsprinzip nicht mehr als ein völliger Fremdkörper des Zivilrechts betrachtet wurde: Insbesondere unter Verweis auf die den „Verträgen im Allgemeinen“ gewidmeten Bestimmungen des *Codice civile* (Art. 1321 ff.) und des dort ausdrücklich kodifizierten und garantierten Prinzips der Privatautonomie (Art. 1322 *Codice civile*), sollte man sich Ungleichbehandlungen gegenüber (potentiellen) Vertragspartnern weiterhin vorbehalten können⁵⁵⁷. Eine ausdrückliche gesetzliche Grenze wurde dieser Orientierung im Jahr 1998 mit Erlass des *T.U. Immigrazione* gesetzt, denn das genannte Regelwerk schützt vor Diskriminierungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Nationalität und Religion nicht nur im Arbeits-, sondern auch im Zivilrecht. Zuvor hat man in der Literatur Möglichkeiten und Wege gesucht, auf der Grundlage bereits vorhandener Prinzipien die geltenden Regeln des Privatrechts um Diskriminierungsverbote zu ergänzen.

Im Zusammenhang mit der Frage nach dem Verhältnis von Privatautonomie und Gleichheitsprinzip soll im Folgenden auch der Frage nachgegangen werden, ob und wie die Vertragsfreiheit im italienischen Recht auf verfassungsrechtlicher Ebene geschützt wird, wo ihre Grenzen sind und wie die italienische Rechtsprechung die Frage nach den Auswirkungen des (nachfolgend auch inhaltlich dargestellten) verfassungsrechtlichen Gleichheitsprinzips auf den privaten Rechtsverkehr beantwortet⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Vgl. schon Corte cost. 25/1966.

⁵⁵⁷ Vgl. die Nachweise bei *Maffei*, Riv. dir. priv. 2006, 281 (281). A.A. *Cerri*, Voce uguaglianza, Enc. Trecanni, 2.1.

⁵⁵⁸ Vgl. die Literaturnachweise zu diesem Thema bei *Grisi*, L'autonomia privata, S. 121 ff.

I. Die spezifischen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote

Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* verbindet das Prinzip der formellen Gleichheit und der Garantie „gleicher sozialer Würde“⁵⁵⁹ mit einer Reihe spezifischer Diskriminierungsverbote; seinem Wortlaut nach stellt er lediglich ein Staatsbürger- und nicht ein Menschenrecht dar: „Alle *Bürger* besitzen die gleiche soziale Würde und sind vor dem Gesetz gleich, ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, der Religion, der politischen Anschauung, der persönlichen und sozialen Bedingungen“. Es entspricht allerdings bereits seit den sechziger Jahren der allgemeinen Auffassung in Rechtsprechung und Lehre, dass die Frage nach der „*eguaglianza tra chi?*“ („Gleichheit zwischen wem?“) nicht auf alle Bürger beschränkt sein kann, sondern einer subjektiven Erweiterung zugänglich ist und einer solchen auch bedarf⁵⁶⁰. Unter Berufung auf die Notwendigkeit einer Zusammenschau von Art. 3 mit Art. 2⁵⁶¹ und 10 Abs. 2⁵⁶²

⁵⁵⁹ Die Formel der „gleichen sozialen Würde“, die dem Wortlaut nach der Garantie der formellen Gleichheit vorausgeht, war keine leichte Geburt und hat von Anfang an sowohl in Rechtsprechung als auch in der Lehre unterschiedliche Interpretationen erfahren. Zweifel an ihrem Bedeutungsgehalt wurden bereits in den ersten Kommentaren zur *Costituzione* sichtbar, wo sie teilweise als bloße Wiederholung der in Art. 3 *Costituzione* enthaltenen Vorgaben, teilweise als Element „sozialer Gerechtigkeit“ (vgl. Art. 3 Abs. 2 *Costituzione*), oder auch als eine Wiederholung des Verbots, den „persönlichen und sozialen Bedingungen“ (vgl. Art. 3 Abs. 3 *Costituzione*) Rechnung zu tragen, verstanden wurde (s. die Meinungsnachweise bei Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto, *Commentario alla Costituzione*, Art. 3/1, 2.3.2). In jüngeren Jahren hat man die Formel insbesondere als Verbindung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 – d.h. zwischen formeller und materieller Gleichheit – gesehen und damit als einen „Beitrag“ zur Verringerung der Unterschiede und (angeblich bestehenden) Widersprüche zwischen den beiden Gleichheitsformen. In diesem Zusammenhang ist auch vorgeschlagen worden, das Prinzip der „gleichen sozialen Würde“ als (unmittelbare) Grenze der Privatautonomie zu sehen, d.h. als direkt im Privatrechtsverkehr wirkende Beschränkung, vgl. näher *Luciani*, *La produzione economica privata*, S. 199 ff.

⁵⁶⁰ *Barile*, *Diritti dell'uomo*, S. 74, *Luciani*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 203 (213 ff.), *Cerri*, *Voce Uguaglianza*, *Enc. Treccani*, 2.1, Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto, *Commentario alla Costituzione*, Art. 3, 2.2. Anders noch *Esposito*, *La Costituzione italiana*, S. 23 f.

⁵⁶¹ Art. 2 hat folgenden Wortlaut: „*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*“. („Die Republik anerkennt und garantiert die unverletzlichen Rechte des Menschen als Individuum und in der Gemeinschaft, in der er sich seine Persönlichkeit entwickelt; sie verpflichtet zu politischer, wirtschaftlicher und sozialer Solidarität“; eigene Übersetzung).

⁵⁶² Art. 10 Abs. 2 lautet folgendermaßen: „*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*“ („Die Rechtslage von ausländischer Staatsbürger bestimmt sich nach dem Gesetz in Übereinstimmung mit den internationalen Bestimmungen und Verträgen“; eigene Übersetzung).

Costituzione bejaht die *Corte costituzionale*⁵⁶³ hinsichtlich der unverletzlichen Menschenrechte die Anwendbarkeit von Art. 3 auf alle Menschen.

Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* enthält eine (nur auf den ersten Blick abschließende⁵⁶⁴) Liste spezifischer Diskriminierungsverbote, die auch als sog. „*nucleo forte*“ („harter Kern“) des Gleichheitsprinzips bezeichnet werden⁵⁶⁵. Sie sollen vermeiden, dass die erwähnten (im Übrigen von Art. 3 Abs. 3 GG divergierenden) Merkmale zu „sozialen Handicaps“⁵⁶⁶ werden. Auch die italienische Verfassung versteht diese Verbote nicht im Sinne ausnahmsloser, also absoluter Diskriminierungsverbote, sondern als Verbote willkürlicher Differenzierungen⁵⁶⁷, was nach einer Abwägung zwischen verfassungsrechtlichen Werten im Einzelfall verlangt.

Trotz ihrer unterschiedslosen Erwähnung in Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* weisen die genannten Faktoren im Rahmen dieses Abwägungsprozesses nicht allesamt die gleiche „Widerstandskraft“ auf⁵⁶⁸. Um den Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote genauer umreißen zu können, muss Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* im Zusammenhang mit zahlreichen anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen gelesen werden. Im Folgenden wird in erster Linie auf die Merkmale Geschlecht, Rasse und die als eine Art „Öffnungsklausel“ wirkenden persönlichen und sozialen Bedingungen Bezug genommen⁵⁶⁹.

⁵⁶³ Vgl. schon *Corte cost.* 120/1967, und neuerdings wieder *Corte cost.* 203/1997. Weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Luciani*, Riv. crit. dir. priv., 1992, 203 (214, Fn. 29).

⁵⁶⁴ So *Cerri*, Voce Uguaglianza, Enc. Trecanni, 2.2 unter Hinweis auf die in Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* enthaltene „elastische Schlussformel“ der „persönlichen und sozialen Bedingungen“.

⁵⁶⁵ Bspw. *Bin/Pitruzzella*, Diritto costituzionale, S. 395, *Borelli*, Frammentazione del lavoro e divieto di discriminazione, S. 15.

⁵⁶⁶ *Bin/Pitruzzella*, Diritto costituzionale, S. 395.

⁵⁶⁷ Zuletzt *Borelli*, Principi di non discriminazione, S. 15 f.

⁵⁶⁸ Näher *Barile*, Diritti dell'uomo, S. 87, *Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto*, Commentario alla Costituzione, Art. 3/1, 2.3.3, *Crisafulli/Paladin-Caravita*, Commentario breve alla Costituzione, Art. 3, S. 27.

⁵⁶⁹ Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aufgrund der Religion sind insbesondere Art. 8 und 19 – die die Gleichheit aller Religionen bzw. die Freiheit des religiösen Glaubens schützen – Das daneben in Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* enthaltene Verbot, aufgrund der politischen Anschauungen zu differenzieren, wird durch weitere verfassungsrechtliche Bestimmungen nicht nur spezifiziert bzw. bekräftigt, sondern auch begrenzt: Dazu gehören die durch Art. 21 gewährleistete Meinungsfreiheit, das in Art. 22 aufgestellte Verbot der Entziehung der Rechtsfähigkeit aus politischen Gründen sowie Art. 48, der die formelle und substantielle Stimmengleichheit garantiert. Spezifische Grenzen, die unterschiedliche Regelungen aufgrund der politischen Anschauung rechtfertigen können, sind Art. 49 (Anerkennung

In Bezug auf das zuerst genannte Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts⁵⁷⁰, das nicht als absolutes bzw. strenges Diskriminierungsverbot verstanden wird,⁵⁷¹ können in der Rechtsprechung der *Corte costituzionale* mehrere Phasen unterschieden werden: eine erste Phase äußerst schwachen Schutzes, die sich über ca. ein Jahrzehnt erstreckt und in der das Gericht Differenzierungen zulässt, die eng mit den damals vorherrschenden gesellschaftlichen Werten und Überzeugungen verbunden waren. Bekanntestes Beispiel ist eine Entscheidung der *Corte costituzionale* Anfang der sechziger Jahre, in der das Gericht die Auffassung vertritt, dass eine Bestimmung, die lediglich den von der Frau begangenen Ehebruch für strafbar erklärte, rechtmäßig sei⁵⁷². In den späten sechziger Jahren folgt schließlich eine zweite Phase, in der soziale und kulturelle Veränderungen dazu beitragen, auf das Geschlecht gegründete Ungleichheiten weitgehend zu beseitigen und eine effektive Geschlechtergleichheit zu garantieren: Immer häufiger wird die Erforderlichkeit von Bestimmungen zur Beseitigung der einer effektiven Gleichheit der Frau im Wege stehenden formellen und materiellen Hindernisse betont⁵⁷³ und Überlegungen zum Schutz homo- und transsexueller Menschen angestellt⁵⁷⁴. Heute betont die *Corte costituzionale* insbesondere die

des Demokratieprinzips bei Parteiengründung) und Art. 54 (Treuepflicht gegenüber der Republik) zu entnehmen.

⁵⁷⁰ Zu den Diskussionen, inwieweit hiervon auch die Trans- und Homosexualität erfasst werden, vgl. *Caretti*, I diritti fondamentali, S. 161 ff.

⁵⁷¹ Es ist allgemein anerkannt, dass zum einen die bestehenden körperlich-biologischen Unterschiede bzw. besonderen Bedürfnisse der Frau Differenzierungen erforderlich machen können, und dass zum anderen die Existenz anderer verfassungsrechtlicher Bestimmungen, die auf das Merkmal Geschlecht Bezug nehmen, Abweichungen zulassen bzw. Differenzierungen rechtfertigen. Zu nennen sind an dieser Stelle insbesondere Art. 29 Abs. 2 (Gleichheit der Eheleute), im Bereich des Arbeitsrechts Art. 37 Abs. 1 (der bei gleicher Arbeit die gleichen Rechte und die gleiche Bezahlung von Mann und Frau garantiert) sowie Art. 51 *Costituzione* (der die Förderung der Gleichberechtigung auch im Rahmen des Zugangs zu öffentlichen und politischen Ämtern garantiert). Im Bereich des Arbeitsrechts sind in diesem Zusammenhang vor allem die *legge* Nr. 125/1991 (*“Azioni positive per la realizzazione per la parità uomo-donna nel lavoro”*), GU 88/1991 sowie die *legge* Nr. 215/1992 (*“Azioni positive per l'imprenditoria femminile”*), GU 56/1992 zu nennen.

⁵⁷² *Corte cost.* 64/1961.

⁵⁷³ Auf der Grundlage derartiger Überlegungen hat die *Corte costituzionale* beispielsweise die genannten Regelungen zur Strafbarkeit des Ehebruchs für verfassungswidrig erklärt, vgl. *Corte cost.* 126/1968 und 127/1968. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Cerri*, Voce Uguaglianza, Enc. Trecanni, 2.2.5.

⁵⁷⁴ Vgl. Fn. 570.

Notwendigkeit, mit Hilfe *differenzierter* Regelungen den besonderen Bedürfnissen der Frau Rechnung zu tragen⁵⁷⁵.

Teilweise als absolutes⁵⁷⁶, zumindest aber als eines der strengsten⁵⁷⁷ Diskriminierungsverbote wird dasjenige aufgrund der Rasse bezeichnet, da davon – anders als im Rahmen des Geschlechts – auch auf der Grundlage anderer verfassungsrechtlicher Bestimmungen nicht abgewichen werden kann. Die Strenge des Verbots wird durch die (bereits eingangs) angedeuteten gesetzgeberischen Eingriffe bestätigt, die darauf ausgerichtet sind, auch im Zivilrechtsverkehr speziell vor rassistischen Diskriminierungen zu schützen⁵⁷⁸.

Am komplexesten der in Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* genannten Diskriminierungsgründe erweist sich die Behandlung der „persönlichen und sozialen Bedingungen“. Nicht selten hat man diese als (bloße) Abschlussbestimmung des Systems der formalen Gleichheit bezeichnet, deren Umfang durch die genannte Formel nur bekräftigt wird⁵⁷⁹. Begründet wird diese einschränkende Auffassung damit, dass die Formulierung so allgemein gefasst ist, dass sie nicht vom sog. „harten Kern“ des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots mitumfasst wird⁵⁸⁰. Überzeugender erscheint allerdings die Auffassung, wonach die „sozialen und persönlichen Bedingungen“⁵⁸¹ eine Klausel darstellen, die weitere rein subjektive, nicht ausdrücklich genannte Unterscheidungen verbietet⁵⁸²; auf ihrer Grundlage kann dann die Unrechtmäßigkeit „jeder die Würde oder die persönliche Ehre verletzenden Handlungen sowohl seitens der öffentlichen Gewalt als auch durch Private“ begründet werden⁵⁸³. Unter persönliche Bedingungen fallen

⁵⁷⁵ „Von der reinen Gleichheit hin zu einer *facultas aequalitatis*“, so Cerri, Voce Uguaglianza, Enc. Trecanni, 2.2.5. Vgl. aus der Rechtsprechung bspw. *Corte cost.* 296/1994, 64/1996, 335/2000.

⁵⁷⁶ So Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto, Commentario alla Costituzione, Art. 3/1, 2.3.3.

⁵⁷⁷ Vgl. Bartole/Bin-Dolso, Commentario breve alla Costituzione Art. 3, V, S. 20.

⁵⁷⁸ Vgl. neben dem bereits erwähnten *T.U. Immigrazione* die *legge* Nr. 205/1993 („*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica o religiosa*“), GU 148/1993.

⁵⁷⁹ Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto, Commentario alla Costituzione, Art. 3/1, 2.3.3.

⁵⁸⁰ Vgl. die Meinungsnachweise bei Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto, Commentario alla Costituzione, Art. 3/1, 2.3.3.

⁵⁸¹ In der Rechtsprechung finden sich nur äußerst selten Entscheidungen, in denen auf die persönlichen und sozialen Bedingungen Bezug genommen wird, vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Bartole/Bin-Dolso, Commentario breve alla Costituzione, Art. 3, VIII, S. 21.

⁵⁸² Cerri, Voce Uguaglianza, Enc. Trecanni, 2.2.6.

⁵⁸³ Caretti, I diritti fondamentali, S. 185.

hiernach (auch) Merkmale, wie beispielsweise Behinderung⁵⁸⁴, sexuelle Orientierung und Alter – Merkmale, die in Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* nicht ausdrücklich erwähnt werden.

Es ist insbesondere das Diskriminierungsverbot der sozialen und persönlichen Bedingungen, das als eine Art Übergangsklausel bzw. Verbindungslinie zwischen formeller Gleichheit (Art. 3 Abs. 1 *Costituzione*) und substantieller Gleichheit (Art. 3 Abs. 2 *Costituzione*) verstanden wird⁵⁸⁵. Letztere eröffnet dabei „einen Weg zur Individualisierung neuer Kategorien“⁵⁸⁶ schutzbedürftiger Personen und wird daher – auch hinsichtlich des Inhalts des zu gewährenden Schutzes⁵⁸⁷ – als offener Tatbestand verstanden.

II. Das Prinzip substantieller Gleichheit

Die den Sozialstaat begründende Bestimmung⁵⁸⁸ des Art. 3 Abs. 2 *Costituzione*, verpflichtet den Staat dazu, „Hindernisse wirtschaftlicher und sozialer Natur, die die Freiheit und Gleichheit der Bürger faktisch beeinträchtigen“, zu beseitigen. Art. 3 Abs. 2 *Costituzione* wird als ein Beweis für die in der sozialen Wirklichkeit fortbestehenden, die gleiche Würde verletzenden Bedingungen gesehen, dessen Ziel es ist, den Genuss der *abstrakt* jedermann zuerkannten Rechte mittels der Beseitigung faktischer Ungleichheiten auch *konkret* zu gewährleisten⁵⁸⁹. Art. 3 Abs. 2 *Costituzione* ist als verfassungsrechtliche Leitlinie zu verstehen, die garantieren soll, dass es nicht die gesellschaftlichen Machtverhältnisse bzw. die Marktordnung sind, die über den Schutz von Rechten sowie den ihrer Garantie dienenden Maßnahmen entscheiden⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Vgl. zum Merkmal Behinderung i.Ü. Art. 38 *Costituzione*, wo im Rahmen einer etwas antiquierten Formel auf „*inabili e minorati*“ („körperlich und geistig Behinderte“) Bezug genommen und diesen ein Recht auf Ausbildung und berufliches Fortkommen gewährt wird.

⁵⁸⁵ Vgl. *Barile*, *Diritti dell'uomo*, S. 89, *Paladin*, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, S. 317, 321, *Mortati*, *Istituzioni di diritto pubblico*, S. 1028.

⁵⁸⁶ *Azzena*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, S. 62.

⁵⁸⁷ *Azzena*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, S. 63.

⁵⁸⁸ *Caretti*, *I diritti fondamentali*, S. 185, *Azzena*, in *Divieti di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, S. 55.

⁵⁸⁹ *Barile*, *Diritti dell'uomo*, S. 91.

⁵⁹⁰ *Bifulco/Celotto/Olivetti-Rossi*, *Commentario alla Costituzione*, Art. 2, 2.3.2.

Als „Kompromissformel“⁵⁹¹ bezeichnet, hat die Bestimmung in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung der *Corte costituzionale*⁵⁹² von Anfang an sehr unterschiedliche Auslegungen und „politische Lesarten“ erfahren⁵⁹³. Im Rahmen der Diskussionen um die Funktion von Art. 3 Abs. 2 *Costituzione* geht es dabei auch um die Frage nach dem Zusammenhang bzw. dem Verhältnis von formeller und substantieller Gleichheit im Rahmen der italienischen Verfassung⁵⁹⁴.

Die Auffassung, dass die Pflicht zur Beseitigung der in Abs. 2 genannten Hindernisse nur dann erfüllbar ist, wenn vom Prinzip der formellen Gleichheit abgewichen wird – Abs. 1 und Abs. 2 daher in Widerspruch zueinander stehen –, kann jedoch mittlerweile als überholt bezeichnet werden⁵⁹⁵. Richtigerweise wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass formelle und substantielle Gleichheit zwei Aspekte eines einzigen Prinzips sind, dass Abs. 1 durch Abs. 2 präzisiert und inhaltlich angereichert wird, ohne dass von ihm abgewichen wird⁵⁹⁶. Formelle und substantielle Gleichheit werden daher als voneinander abhängig angesehen, als sich gegenseitig begrenzend und ergänzend: „Die substantielle Gleichheit beschränkt die Geltung des Prinzips formeller Gleichheit, das auch im Namen der Gerechtigkeit keine Ausnahmen zulässt; und die formelle Gleichheit sorgt dafür, dass positive Maßnahmen nicht ihrerseits wieder zu Quellen der Ungerechtigkeit werden“.⁵⁹⁷ Substantielle Gleichheit wirkt damit als Voraussetzung formeller Gleichheit.

⁵⁹¹ Näher Bifulco/Celotto/Olivetti-Celotto, *Commentario alla Costituzione*, Art. 3/2, 1.2 und *Guiffè*, *La solidarietà*, S. 86.

⁵⁹² In der Rechtsprechung der *Corte costituzionale* hat die Bestimmung bisher nur selten und dann meist in Zusammenhang mit dem Schutz behinderter Menschen Erwähnung gefunden, vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Bartole/Bin-Dolso, *Commentario breve alla Costituzione*, Art. 3, XIX, S. 33.

⁵⁹³ Branca-Romagnoli, *Commentario alla Costituzione*, Art. 2, Abs. 2, S. 167.

⁵⁹⁴ Vgl. die Literaturnachweise bei Borelli, *Principi di non discriminazione*, S. 40, Fn. 135.

⁵⁹⁵ Ausführlich Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, S. 1033, *Guiffè*, *La solidarietà*, S. 86.

⁵⁹⁶ Bin/Pitruzzella, *Diritto pubblico*, S. 31 ff., 50 ff.

⁵⁹⁷ Bin/Pitruzzella, *Diritto pubblico*, S. 395. Ähnlich Caretti, *I diritti fondamentali*, S. 152. Der Erlass positiver Maßnahmen ist demnach unter bestimmten Voraussetzungen möglich, da diese gerade der Verwirklichung der substantiellen Gleichheit dienen: Speziell im Hinblick auf die *legge* Nr. 215/1992 über „*azioni positive per l'imprenditoria femminile*“ hat die *Corte costituzionale* bekräftigt, dass positive Maßnahmen das wichtigste gesetzgeberische Instrument sind, das unter Beachtung der Freiheit und Autonomie der einzelnen Individuen den Ausgangspunkt einzelner sozial benachteiligter Gruppen verbessert, um ihnen auch „tatsächlich gleiche Chancen in sozialer, wirtschaftlicher und politischer Hinsicht einzuräumen“. Positive Maßnahmen sollen dazu beitragen, dass sich „das Risiko der natürlichen oder biologischen Unterschiede nicht willkürlich in soziale Diskriminierungen verwandelt“, vgl. *Corte*

Trotz dieser Funktion wird Abs. 2 teilweise in den Bereich der rein programmatischen Bestimmungen verbannt⁵⁹⁸; andere wiederum – die Vertreter der sog. „Klassentheorie“⁵⁹⁹ – bezeichnen die Bestimmung als eine „die Entwicklung der gesamten Rechtsordnung bedingende Supernorm“: Sie sei ein Zeichen dafür, dass die in der Verfassung zum Ausdruck gebrachte wirtschaftlich-gesellschaftliche Struktur überwunden werden muss und dass die Verfassung die in ihr enthaltenen Prinzipien und Rechte nicht zu gewährleisten imstande ist. In diesem Zusammenhang wird die *Costituzione* immer wieder auch als „ehrliche“ Verfassung bezeichnet: weil sie einen Widerspruch zwischen der Organisation des neuen Staats und der sozialen Wirklichkeit formuliert, indem sie dem Prinzip der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz unverzüglich die Behauptung folgen lässt, dass sich die bestehende Gesellschaft auf faktische Ungleichheiten gründet⁶⁰⁰.

Auf der Grundlage dieser Überlegungen sieht ein Großteil die Funktion von Art. 3 Abs. 2 *Costituzione* überwiegend in ihrer Verbindung mit anderen verfassungsrechtlichen Garantien – allen voran den sozialen Rechten, deren Bedeutung durch das Prinzip substantieller Gleichheit präzisiert und angereichert werden soll⁶⁰¹: Demnach verkörpert Art. 3 Abs. 2 *Costituzione* die „Wurzel des Schutzes der sozialen Rechte“⁶⁰². Denn die Verwirklichung substantieller Gleichheit bedeutet vor allem die Möglichkeit der tatsächlichen Ausübung von Rechten, die Verteilung von Chancen, und damit gleiche Freiheit⁶⁰³. Neben den sozialen Rechten soll die Gewähr für eine effektive Ausübung von Rechten und die Verteilung von Chancen auch durch den Erlass positiver Maßnahmen geleistet werden⁶⁰⁴. Was in Deutschland also Gegenstand der

cost. 109/1993. Näher zum Ganzen Bartole/Bin-Dolso, *Commentario breve alla Costituzione*, Art. 3, XIX, S. 33.

⁵⁹⁸ Vgl. die Nachweise bei Crisafulli/Paladin-Caravita, *Commentario breve alla Costituzione*, Art. 3, S. 29.

⁵⁹⁹ Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei Giuffrè, *La solidarietà*, S. 89 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁶⁰⁰ Branca-Romagnoli, *Commentario alla costituzione*, Art. 2, Abs. 2, S. 165 und 171, ähnlich Barile, *Diritti dell'uomo*, S. 91.

⁶⁰¹ Caretti, *I diritti fondamentali*, S. 185.

⁶⁰² Cartabia, in Bin/Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, S. 78.

⁶⁰³ Azzena, in *Divieti di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, S. 55.

⁶⁰⁴ Azzena, in *Divieti di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, S. 55 ff., Cartabia, in Bin/Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, S. 75 ff.

Diskussionen im Rahmen der Geschlechtergleichheit – genauer im Rahmen der „tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung“ (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) – ist, wird in Italien allgemein im Rahmen des Prinzips substantieller Gleichheit diskutiert; hier wie dort ist die Zulässigkeit ergebnisorientierter Maßnahmen wie fester Quotenregelungen aber äußerst umstritten, denn eine strikte Ergebnisgleichheit wäre mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nur schwerlich vereinbar: Das in der *Costituzione* enthaltene Prinzip der substantiellen Gleichheit steht für einen *Ausgleich* der faktischen und sozialen Bedingungen; dieser soll es ermöglichen, auf der sodann geschaffenen Grundlage die gesellschaftlichen Verhältnisse in einer Weise neu zu definieren, dass potentielle „Risikogruppen“ bessere Ergebnisse erzielen können⁶⁰⁵. Die Bezugnahme auf eine so definierte substantielle Chancengleichheit, die das Prinzip der Eigenverantwortung mit dem Ideal der Freiheit verbindet, ermöglicht – im Gegensatz zur Ergebnisgleichheit – auch die Überwindung des scheinbaren Konflikts zwischen Freiheit und Gleichheit⁶⁰⁶.

Das Prinzip der substantiellen Gleichheit erschöpft sich aber nicht in seiner Funktion als Präzisierung der sozialen Rechte. Eine besonders enge Verbindung hat die *Corte costituzionale* daneben zu dem Prinzip der Solidarität ausgemacht, das die italienische Verfassung in Art. 2 *Costituzione* enthält⁶⁰⁷: Diese als Grundlage des menschlichen Zusammenlebens⁶⁰⁸ sowie als das „wahre Leitmotiv“⁶⁰⁹ der italienischen Verfassung verstandene Bestimmung verpflichtet zu Solidarität in politischer, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht⁶¹⁰. Die *Corte costituzionale* hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich betont, dass ein „modernes Verständnis von Solidarität zur

⁶⁰⁵ *Cartabia*, in Bin/Pinelli, I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale, S. 77 f.

⁶⁰⁶ *Carter*, in Carter, L'idea di eguaglianza, S. 19 ff. Zu den verschiedenen Formen von Gleichheit ausführlich Teil 1, A.

⁶⁰⁷ So *Guiffrè*, La solidarietà, S. 97.

⁶⁰⁸ So bspw. *Corte cost.* 75/1992 und im Anschluss daran *Corte cost.* 500/1993.

⁶⁰⁹ *Barile*, Studi Elia, 1999, S. 137.

⁶¹⁰ Zu den in diesem Zusammenhang *ausdrücklich* in der *Costituzione* genannten Pflichten gehören beispielsweise das Recht auf Arbeit (Art. 4 *Costituzione*) und Bildung (Art. 34 Abs. 2 *Costituzione*). Zum Problem, ob der Gesetzgeber auf der Grundlage von Art. 2 *Costituzione* weitere Pflichten aufstellen kann, vgl. Bifulco/Celotto/Olivetti-Rossi, Commentario alla Costituzione, Art. 2, 2.3.1.

Verwirklichung der die Entwicklung der Persönlichkeit ermöglichenden substantiellen Gleichheit gemäß Art. 3 Abs. 2 *Costituzione*“ beiträgt⁶¹¹.

Welche Auswirkungen diese Erkenntnisse auf das Privatrecht haben, wo das Thema Diskriminierungsschutz noch Mitte der siebziger Jahre als Thema der Zukunft betrachtet worden ist, und in welchem Umfang das Gleichheitsprinzip – lange Zeit als ein Fremdkörper nicht nur des Zivil-, sondern auch des Arbeitsrechts betrachtet⁶¹² – als Grenze der Privatautonomie zu wirken imstande ist, soll im Folgenden erläutert werden.

III. Das verfassungsrechtliche Gleichheitsprinzip als Grenze der Privatautonomie

Die Frage nach dem Umfang von Geltung und Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Gleichheitsprinzips im Privatrecht wird in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage nach dem in Art. 1322 *Codice civile* kodifizierten⁶¹³ Prinzip der Privatautonomie und damit der Vertragsfreiheit⁶¹⁴ und ihren Grenzen diskutiert⁶¹⁵.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene werden lediglich einige spezifische Formen der Privatautonomie, wie insbesondere die Vereinigungs- und Ehefreiheit (Art. 18 bzw. 29

⁶¹¹ Vgl. Corte cost. 500/1993: „Va pertanto sottolineato come questa moderna visione della dimensione della solidarietà (...) costituisce, per un verso, un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione (...)”

⁶¹² So Sacco, in Sacco/De Nova, *Il contratto*, II, S. 101 unter Bezugnahme auf die Ausgabe aus dem Jahr 1975, S. 546. Vgl. auch *Barcellona*, *Intervento statale*, S. 38 m.w.N. und *Maffei*, *Riv. dir. priv.* 2006, 281 ff.

⁶¹³ Im Gegensatz zum BGB wird das Prinzip der Privatautonomie in Art. 1322 *Codice civile* ausdrücklich erwähnt: Dort ist bestimmt, dass „die Parteien innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Grenzen den Inhalt des Vertrags frei bestimmen“ können.

⁶¹⁴ Vgl. *Grisi*, *Autonomia privata*, S. 16 ff., S. 121 f.: „*Autonomia privata ed autonomia contrattuale non sono termini equipollenti. Non può, ciò nondimeno, negarsi che l'autonomia privata si estrinsechi, principalmente, nella conclusione di contratti e, in senso lato, nel compimento di atti aventi valenza economica e patrimoniale. È corretto, dunque, identificare nel contratto lo strumento principe dell'autonomia privata*“.

⁶¹⁵ Vgl. *Alpa*, *Riv. crit. dir. priv.* 1995, 35 (45). Allgemein zum (Spannungs-) Verhältnis zwischen Gleichheit und Privatautonomie schon *Lombardi*, *Potere privato*, S. 13 ff.

Costituzione) garantiert, nicht aber die Vertragsfreiheit selbst⁶¹⁶. Da die *Costituzione* aber zahlreiche Bestimmungen enthält, die sich auf unterschiedliche Art und Weise und mit unterschiedlicher Intensität auf Vertrag und Vertragsfreiheit auswirken⁶¹⁷, ist unbestritten, dass zwischen Verfassung und Privatautonomie ein „*trait d'union*“⁶¹⁸ besteht.

Sowohl die h.M. in der Lehre⁶¹⁹ als auch die höchstrichterliche Rechtsprechung⁶²⁰ betonen, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit in der italienischen Verfassung weder ausdrücklich, noch implizit (wie dies in Art. 2 GG der Fall ist) enthalten ist⁶²¹, sondern „als Instrument der Ausübung verfassungsrechtlich garantierter Freiheiten“ (wie insbesondere Art. 41 *Costituzione*) lediglich indirekten Schutz genießt⁶²². Das Verhältnis zwischen der in Art. 41 *Costituzione* garantierten privatwirtschaftlichen Unternehmungsfreiheit und der Vertragsfreiheit ist demnach „instrumentaler Art“, denn zum einen „setzt erste letztere voraus und zum anderen bedeutet jede Beschränkung der letzteren eine Beschränkung der ersten und ist damit nur rechtmäßig, wenn sie der Erreichung verfassungsrechtlich geschützter Ziele dient“⁶²³. Auf der Grundlage dieser Überlegungen entnimmt man Art. 41 *Costituzione* die Kriterien für die Rechtmäßigkeit von Eingriffen in Vertragsverhältnisse⁶²⁴ – Eingriffe, die lediglich durch den Gesetzgeber, nicht aber auch auf der Ebene der Rechtsprechung vorgenommen werden

⁶¹⁶ Vgl. *Barcellona*, Diritto privato e società moderna, S. 388: „*La Costituzione non si occupa dell'autonomia privata*“.

⁶¹⁷ *Sacco*, in *Sacco/De Nova*, Il contratto, I, S. 7 ff. Vgl. auch *Grisi*, L'autonomia privata, S. 127.

⁶¹⁸ *Grisi*, L'autonomia privata, S. 127.

⁶¹⁹ In der Verfassungsrechtslehre schon *Mortati*, Istituzioni, S. 1112, s.a. *Pace*, Pol. dir. 1993, 327 (328), im Privatrecht *Rodotà*, Le fonti di integrazione del contratto, 1969, S. 49, *Alpa*, Pol. dir. 1995, 35 (48).

⁶²⁰ Vgl. bereits *Corte cost.* 37/1969 und wieder *Corte cost.* 89/1984, 159/1988, 241/1990, 268/1994.

⁶²¹ Vgl. bspw. *Mengoni*, Banca e borsa, 1997, S. 1 ff.

⁶²² Die Auffassungen, die die Privatautonomie unmittelbar durch Art. 2 *Costituzione* geschützt sehen (was damit begründet wird, dass die dort gewährten unverletzlichen Menschenrechte nahezu ausschließlich durch Handlungen verwirklicht werden, die Ausdruck der rechtsgeschäftlichen Freiheit sind, vgl. (beschränkt auf Verbraucherverträge) *Sacco*, in *Sacco/De Nova*, Il contratto, I, S. 17, dagegen *Alpa*, Riv. crit. dir. priv., 1995, 35 (45)), oder durch Art. 41 *Costituzione* werden überwiegend kritisiert und abgelehnt. Vgl. *Grisi*, L'autonomia privata, S. 131 ff. m.w.N.; s.a. *Barcellona*, Diritto privato e processo economico, S. 235 und *Rodotà*, Le fonti di integrazione, S. 45 ff.

⁶²³ So *Corte cost.* 30/1965. Vgl. auch *Barcellona*, Diritto privato e processo economico, S. 235, *Bianca*, Il contratto, S. 31. Näher zur Abgrenzung von Privatautonomie und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit *Roppo*, in *Iudica/Zatti*, Trattato di diritto privato, S. 61.

⁶²⁴ *Barcellona*, Diritto privato e società moderna, S. 388 f., vgl. auch *Bianca*, Il contratto, S. 201.

können, da es „den Gerichten grundsätzlich verwehrt ist, eine unmittelbare und allgemeine Kontrolle über privatautonome Handlungen auszuüben“⁶²⁵.

Dementsprechend kann der Gesetzgeber vertragsfreiheitsbeschränkende Maßnahmen zum Schutz des wirtschaftlich oder sozial Schwächeren rechtmäßig erlassen⁶²⁶, wenn sie zum Zweck des Allgemeinwohls, der Sicherheit, der Freiheit oder der Menschenwürde des Einzelnen erfolgen (vgl. Art. 41 Abs. 2 *Costituzione*)⁶²⁷. Da Beschränkungen aus andersartigen oder minderwertigen Gründen damit nicht in Betracht kommen, wirken die genannten Faktoren gleichzeitig als Garantie⁶²⁸.

So wurde beispielsweise in Bezug auf die im *Codice civile* enthaltenen Bestimmungen zum Kontrahierungszwang – Art. 2597 und 1679 – betont, dass sich ihr Vorhandensein auch aus der Umsetzung von Art. 41 *Costituzione* rechtfertigt, wonach die privatwirtschaftliche Unternehmungsfreiheit nicht im Gegensatz zu Freiheit und Menschenwürde stehen darf⁶²⁹. Aus Art. 2597 *Codice civile*⁶³⁰, der von Unternehmen in

⁶²⁵ *Grisi*, L'autonomia privata, S. 141.

⁶²⁶ Dazu *Alpa*, Riv. crit. dir. priv. 1995, 35 (49).

⁶²⁷ Nach Art. 41 Abs. 2 *Costituzione* darf die privatwirtschaftliche Unternehmungsfreiheit „nicht im Widerspruch zum Allgemeinwohl stehen oder eine Beeinträchtigung der Sicherheit, der Freiheit oder der Menschenwürde des einzelnen mit sich bringen.“ Als „Ventilbegriff“, d.h. als elastische Bestimmung bzw. dynamischer Mechanismus soll das in Abs. 2 genannte Konzept des „Allgemeinwohls“ dem Erfordernis von Flexibilität bzw. Anpassungsfähigkeit des Rechts gerecht werden und dazu beitragen, die Rechtsordnung an die stetigen Entwicklungen des politischen und sozialen Lebens anzupassen, vgl. näher *Luciani*, La produzione economica privata, S. 117 ff. Dem Allgemeinwohl wurden von Anfang an sowohl in Rechtsprechung als auch in der Lehre eine weitaus größere Aufmerksamkeit als der „Freiheit, Sicherheit und Menschenwürde“ geschenkt. In der verfassungsgerichtlichen Rechtssprechung fehlt es allerdings sowohl an einer ausdrücklichen Definition dieses Konzepts als auch an Kriterien, die seinen Inhalt zu konkretisieren helfen. In den Diskussionen um die Vereinbarkeit bzw. Koordination von Abs. 2 und Abs. 1 (und hier in erster Linie von Allgemeinwohl und Privatautonomie) sieht ein Teil der Lehre das Konzept des Allgemeinwohls als den wahren „Seinsgrund“ der Unternehmungsfreiheit, die nicht *an sich*, sondern nur insofern garantiert wird, als sie „socialmente utile“ ist. Demnach stellen die in Abs. 2 erwähnten Grenzen keine externen, sondern interne Grenzen dar. Von anderer Seite wird hingegen betont, dass Abs. 2 als Grenze nicht gleichzeitig auch die Grundlage der in Abs. 1 garantierten Freiheit darstellen kann, und dass infolgedessen die in Art. 41 *Costituzione* genannten Beschränkungen lediglich äußere Grenzen darstellen. Die Unternehmungsfreiheit ist demnach auch dann ein verfassungsmäßig garantiertes Recht, wenn sie nicht zu Zwecken des Allgemeinwohls bzw. zur Entwicklung der Freiheit, Sicherheit und Menschenwürde erfolgt; es reicht aus, wenn sie zu diesen nicht in Widerspruch steht. Vgl. näher *Grisi*, Autonomia privata, S. 69 ff. und *Bartole/Bin-Dolso*, Commentario breve alla Costituzione, Art. 41, S. 416 f.

⁶²⁸ *Luciani*, Economia nel diritto costituzionale, Dig. disc. pubbl. V, 373 (378 f).

⁶²⁹ *Montesano*, Enc. Dir., XXIX, S. 527.

⁶³⁰ Dazu näher *Barcellona*, Intervento statale e autonomia privata, S. 58 ff., 117 ff.

Monopolstellung verlangt, „unter Berücksichtigung des Prinzips der Gleichbehandlung mit jedem, der danach verlangt, zu kontrahieren“, und der damit eine „ausdrückliche Pflicht zur Gleichheit“⁶³¹ enthält, ein allgemeines, „elastisches Prinzip“ zur Sanktionierung der hier interessierenden diskriminierender Vertragsverweigerungen abzuleiten, wird jedoch grundsätzlich abgelehnt⁶³².

Fraglich ist, ob der *Codice civile* andere Prinzipien enthält, die dem Betroffenen bei diskriminierender Vertragsverweigerung einen Anspruch auf Vertragsschluss oder zumindest auf Schadensersatz gewähren können. Zwar fehlt es an „Generalklauseln“ zum Kontrahierungszwang⁶³³ genauso, wie an einer dem § 826 BGB vergleichbaren Norm, auf deren Grundlage in Deutschland Lösungsvorschläge bei diskriminierenden Vertragsverweigerungen erarbeitet worden sind (die allerdings, wie gesehen, im Ergebnis auf den „allgemeinen Notbedarf“ beschränkt werden mussten). Als Ansatzpunkt in diesem Zusammenhang kann nur Art. 2043 *Codice civile* fruchtbar gemacht werden, der im Falle einer „vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung, die einem anderen einen ungerechten“⁶³⁴ Schaden zufügt“, den Verursacher zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet: In der Literatur wird hier die These aufgestellt, dass sich aus einem (im Übrigen nicht näher definierten) „diskriminierenden Verhalten durchaus die „Ungerechtigkeit“ des Schadens ergeben“ könne, und dass zumindest in Fällen öffentlich angebotener Güter und Dienstleistungen diskriminierende Vertragsverweigerungen als schädigende Handlung im Sinne von Art. 2043 *Codice civile* zu qualifizieren seien⁶³⁵. Insofern sind die Konsequenzen – Ersatz des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens (gemäß Art. 2059 *Codice civile*) – mit den im deutschen Recht auf der Grundlage von § 823 BGB erarbeiteten Lösungen vergleichbar. Lösungsvorschläge zur Gewährung eines Anspruchs auf Vertragsschluss – die auch in Deutschland erhebliche Kritik erfahren mussten – wurden unter Rückgriff auf Art. 2058 *Codice civile* (der die „Wiederherstellung des früheren Zustands verlangt“) nur sehr

⁶³¹ *Pasetti*, Parità di trattamento, S. 258.

⁶³² Vgl. *Bianca*, Il contratto, S. 203 m.w.N.

⁶³³ *Sacco*, in *Sacco/De Nova*, Il contratto, II, S. 312.

⁶³⁴ In der offiziellen Übersetzung des Art. 2043 *Codice civile* heißt es zwar „rechtswidrigen“ (Schaden); gerade auf den Unterschied zwischen „rechtswidrigen“ und „ungerechten“ Schaden stützen sich aber die nachfolgend in der Literatur angestellten Überlegungen, die davon ausgehen, dass „Rechtswidrigkeit“ „Ungerechtigkeit“ ein „Weniger“ bedeutet.

⁶³⁵ *Sacco/De Nova*, Il contratto, II, S. 312 f.

vereinzelt bzw. mit besonderer Vorsicht geäußert und ernsthafter erst seit Bestehen des *T.U. Immigrazione* diskutiert⁶³⁶.

In der Rechtsprechung konzentrierten sich die – zudem auf den Arbeitsvertrag beschränkten – Diskussionen dagegen eher auf die Frage nach der Geltung eines Prinzips der Gleichbehandlung im bestehenden Vertragsverhältnis, und damit auf die Frage nach diskriminierenden Vertragsbedingungen.

In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist eine Entscheidung der *Corte costituzionale* aus dem Jahre 1989⁶³⁷, in der die Verfassungsrichter feststellen, dass auch Privatpersonen dazu verpflichtet sind, „den verfassungsrechtlichen Prinzipien Rechnung zu tragen“, was insbesondere „hinsichtlich der gleichen sozialen Würde sowie des Verbots, aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Sprache und der Religion zu diskriminieren (Art. 3 *Costituzione*)“, gelte⁶³⁸. Trotz des auf den ersten Blick offensichtlichen Schritts in Richtung Drittwirkung⁶³⁹ ist die Entscheidung in der Literatur völlig unterschiedlich interpretiert worden; nur teilweise hat man sie als ein Plädoyer für die Anwendung des sog. „harten Kerns“ des Gleichheitsprinzips – und damit der Diskriminierungsverbote – auf Privatrechtsverhältnisse verstanden⁶⁴⁰.

Die in der Folgezeit durch die *Corte di Cassazione* entschiedenen Fälle zeugen hingegen von einer wesentlich restriktiveren Haltung⁶⁴¹: Eine Bezugnahme auf Art. 3 *Costituzione* erfolgt nur, um zu betonen, dass dieser „lediglich die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, nicht aber die Gleichheit im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen“ gewähre, und dass dem Richter nicht die Befugnis zu einem direkten Schutz der „Menschenwürde“ zustehe, da andernfalls grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien wie beispielsweise die durch Art. 41 *Costituzione* garantierte privatwirtschaftliche

⁶³⁶ *Sacco/De Nova*, Il contratto, II, S. 312 f., näher dazu Teil 5, A.III.

⁶³⁷ *Corte cost.* 103/1989. Dazu *Chieco*, RIDL 1996, 777 (778, Fn. 1), *ders.*, Riv. giur. lav. prev. soc., 1989, 447 (478 ff.), *Grisi*, L'autonomia privata, S. 171 ff., *Centini*, G. cost., 2007, 2405 (2415 ff.).

⁶³⁸ *Corte cost.* 103/1989.

⁶³⁹ *Grisi*, L'autonomia privata, S. 172.

⁶⁴⁰ So insbesondere *Cerri*, L'eguaglianza giuridica nel diritto privato, 1987, S. 169 ff., *Centini*, G. cost. 2007, 2405 (2408). A.A. *Pace*, Pol. dir. 2001, 156 ff., der die Diskriminierungsverbote nur und erst dann für anwendbar hält, wenn die konkrete Person zum Objekt *herabgewürdigt* wird.

⁶⁴¹ Vgl. insbesondere *Corte di Cass.*, *Sez. un.*, 6031/1993, FI 1993, 1794 ff.; des weiteren die Anschlussentscheidungen: *Corte di Cass.* 6030/1993, 6032/1993, 6033/1993, 6034/1993, Riv. it. dir. lav. 1993, 653 ff.

Unternehmensfreiheit verletzt würden⁶⁴². Im Zusammenhang damit stellt das Gericht schließlich fest, dass (auch) aus dieser Vorschrift keine „unmittelbare und allgemeine richterliche Kontrolle privatautonomer Handlungen“ abgeleitet werden könne⁶⁴³. In dem zu entscheidenden Fall, in dem es um das Problem der gleichen Bezahlung im bestehenden Arbeitsverhältnis ging, lehnt die *Corte di Cassazione* schließlich auch die Anwendbarkeit von Art. 1343 *Codice civile* ab: Nach dieser Bestimmung ist der Rechtsgrund unerlaubt, „wenn er zwingenden Normen, allgemeinen Rechtsgrundsätzen, oder den guten Sitten widerspricht“, woraus nach Art. 1418 Abs. 2 *Codice civile* die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts folgt. Die Richter machen jedoch geltend, dass aus dem bloßen Vorhandensein der Tendenz, wonach „gleicher Arbeit eine gleiche Bezahlung“ entspricht, nicht schon das Bestehen einer zwingenden Bestimmung abgeleitet werden könne⁶⁴⁴.

Auch auf der Grundlage von Art. 1375 *Codice civile* (wonach der Vertrag „nach Treu und Glauben durchzuführen“ ist) kommt die *Corte di Cassazione* in einer späteren Entscheidung zu keinem anderen Ergebnis. Im konkreten Fall (es ging um das Problem gleicher Arbeitsbedingungen im bestehenden Vertrag) betonen die Richter, dass sich die genannte Bestimmung ausschließlich auf Verhaltensanforderungen im Rahmen der *Durchführung* des Vertrages bezieht, und nicht etwa auf seine *Ergänzung*; jedenfalls könnten durch Art. 1375 *Codice civile* keine autonomen Rechte und Pflichten begründet werden, die der Vertrag nicht vorsieht, sondern ganz im Gegenteil ausschließt⁶⁴⁵.

Diese Feststellungen stehen nicht nur im Widerspruch zu einer in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach das Prinzip von Treu und Glauben im Rahmen der Vertragsergänzung (Art. 1374 *Codice civile*⁶⁴⁶) zu berücksichtigen ist⁶⁴⁷. Sie scheinen

⁶⁴² *Corte di Cass.*, Sez. un., 6031/1993, FI 1993, 1794 (1807).

⁶⁴³ Vgl. *Corte di Cass.*, Sez. un., 6031/1993, FI 1993, 1794 (1812): „(...) non discende un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di atto normativo che specifichi come attuare quella astratta tutela“. Vgl. dazu die Kritik von Centini, G. cost. 2007, 2405 (2417 f.).

⁶⁴⁴ *Corte di Cass.*, Sez. un., 6031/1993, FI 1993, 1794 (1805); zu der in Art. 1418 Abs. 1 *Codice civile* vorgesehenen Nichtigkeit statt aller *Mantovani M.*, Le nullità e il contratto nullo, in Roppo (a cura di), Trattato del contratto, Milano, 2006, 37 ff.

⁶⁴⁵ *Corte di Cass.* 4570/1996, FI 1996, 1999 ff.

⁶⁴⁶ Nach Art. 1374 *Codice civile* verpflichtet der Vertrag „die Parteien nicht nur zu dem, was in ihm ausdrücklich erwähnt ist, sondern auch zu allen jenen Rechtsfolgen, die sich daraus nach dem Gesetz, oder, wenn dieses keine Bestimmung enthält, nach den Gebräuchen und der Billigkeit ergeben“.

auch der Rolle nicht gerecht zu werden, die die *Corte di Cassazione* erst kurze Zeit zuvor⁶⁴⁸ dem Prinzip von Treu und Glauben zugesprochen und in einer berühmten Entscheidung aus dem Jahr 1994⁶⁴⁹ noch deutlicher hervorgehoben hat: Dort hat die *Corte di Cassazione* (zwar nicht speziell im Hinblick auf das Problem der Gleichbehandlung im Vertragsverhältnis, sondern allgemein in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages) die Feststellung getroffen, dass Treu und Glauben im Rahmen des Vertragsrechts als „ein Grundprinzip der Rechtsordnung“ zu qualifizieren seien, „das verhindert, dass die substantielle Gerechtigkeit der formellen Rechtmäßigkeit zum Opfer fällt, und das dafür sorgt, dass der unabdingbaren, mittlerweile verfassungsrechtlich garantierten Pflicht zur Solidarität, die Inhalt und Wirkungen des Vertrages ergänzt (Art. 1374 *Codice civile*) und gleichzeitig im Rahmen der Auslegung (Art. 1366 *Codice civile*⁶⁵⁰) und der Durchführung des Vertrags (Art. 1375 *Codice civile*) von Bedeutung ist“, ausreichend Rechnung getragen wird. Diese Verbindung des Prinzips von Treu und Glauben mit dem verfassungsrechtlich anerkannten Prinzip der Solidarität hat in jüngster Zeit sogar in einem durch die *Sezioni unite* der *Corte di Cassazione* gefällten Urteil⁶⁵¹ (in dem es um die Befugnis des Richters zur Reduzierung einer vertraglichen Strafklausel von Amts wegen ging⁶⁵²) Bestätigung gefunden: Dort betont das Gericht, dass die Bestimmungen des *Codice civile* im Lichte der verfassungsrechtlichen Prinzipien, und insbesondere des verfassungsrechtlichen Prinzips zur Solidarität in Privatrechtsverhältnissen (Art. 2 *Costituzione*) auszulegen und im Zusammenhang mit den Prinzipien von Treu und Glauben (wie sie u.a. in Art. 1366, 1375 *Codice civile* zum Ausdruck kommen) zu bewerten seien. In diesem Zusammenhang und unter Berücksichtigung der die Vertragsfreiheit beschränkenden gesetzlichen Grenzen (Art. 1322 *Codice civile*) stehe dem Richter daher auch eine Befugnis zur Kontrolle privatautonomer Handlungen zu.

⁶⁴⁷ Insbesondere *Rodotà*, *Le fonti di integrazione del contratto*, S. 117 ff. Dies ist jedoch umstritten, vgl. die Nachweise zur Gegenmeinung bei *Cian/Trabucchi-Zaccaria*, Art. 1375, Rn. 6 ff.

⁶⁴⁸ *Corte di Cass.* 2503/1991, *CorG* 1991, 790 (790): „*Anche se riferita al momento esecutivo (...) la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto*“.

⁶⁴⁹ *Corte di Cass.* 3775/1994, *CorG* 1994, 566 ff.

⁶⁵⁰ Nach Art. 1366 *Codice civile* ist der Vertrag „nach Treu und Glauben auszulegen“.

⁶⁵¹ *Corte di Cass.*, *Sez. un.* 18128/2005, *NGCC* 2006, 364. Dazu *Di Majo*, *Corr. giur.* 2005, 1538 ff., *Abatangelo*, *Riv. dir. civ.*, 2007, 43 ff.

⁶⁵² Vgl. auch schon *Corte di Cass.* 10511/1999, *NGCC* 2000, 507 ff.

In den genannten Entscheidungen fungieren die Generalklauseln des *Codice civile* als ein spezifisches Instrument in der Hand des Richters, damit dieser die notwendige Verbindung zwischen einfachgesetzlicher Bestimmung und verfassungsrechtlichen Werten herstellen und auch in private Rechtsverhältnisse einfließen lassen kann⁶⁵³. Derartige Überlegungen der *Corte di Cassazione* beschränken sich allerdings bisher auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Solidarität und betreffen nicht auch das durch Art. 3 *Costituzione* garantierte Gleichheitsprinzip bzw. seine „harten Kern“.

Nach der geltenden Rechtslage kann daher schwerlich behauptet werden, das italienische Recht sehe einen hinreichenden Schutz vor Diskriminierungen in Privatrechtsverhältnissen vor. Angesichts fehlender spezialgesetzlicher Vorschriften und einer uneinheitlichen Rechtsprechung kann es deshalb nur als positiv bewertet werden, dass der Gesetzgeber noch vor Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien nicht nur im Bereich des Arbeits-, sondern auch des Zivilrechts tätig geworden ist. Auf diese im *T.U. Immigrazione* aus dem Jahre 1998 enthaltenen zivilrechtlichen Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierungen aus Gründen der Rasse, der Religion, der Nationalität und der ethnischen Herkunft wird abschließend ein kurzer Blick geworfen.

IV. Bisherige spezialgesetzliche Grundlagen zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr

Als „kopernikanische Wende“⁶⁵⁴ ist bereits der Versuch des italienischen Gesetzgebers bezeichnet worden, im Jahre 1993 den Schutz vor privatrechtlichen Diskriminierungen aufgrund von Rasse, Ethnie und Religion in strafrechtlicher Hinsicht⁶⁵⁵ durch Erlass des *decreto legge* Nr. 122/1993⁶⁵⁶ zu verstärken⁶⁵⁷. Im Fokus der Aufmerk-

⁶⁵³ Vgl. schon Rodotà, RCDP 1987, 709 (720), *ders.*, Le fonti di integrazione del contratto, S. 170.

⁶⁵⁴ Centini, G. *cost.*, 2007, 2405 (2422, Fn. 66). Die grundlegende Bedeutung unterstreichen auch Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte, in Nascimbene, *Il diritto degli stranieri*, S. 1109.

⁶⁵⁵ Kritisch zum Nutzen spezieller strafrechtlicher Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen Morozzo della Rocca, in Morozzo della Rocca/Cognini, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, S. 247 ff.

⁶⁵⁶ GU 97/1993, umgewandelt in *legge* Nr. 205/1993, GU 148/1993. Dazu Einzelheiten bei Bernardi, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 485 ff.

samkeit stehen seitdem nämlich nicht mehr in erster Linie solche Verhaltensweisen, die die Verbreitung rassistischen Gedankenguts zur Folge haben, als vielmehr einzelne diskriminierende Handlungen: Dies verdeutlicht Art. 1 *decreto legge* Nr. 122/1993, wonach derjenige bestraft wird, der „zu diskriminierenden Handlungen aus rassistischen, ethnischen, nationalen oder religiösen Gründen anstiftet, oder solche begeht“ (vgl. Art. 1 Buchst. a). Die neue gesetzliche Regelung bezweckt damit ein Vorgehen auch gegen diejenigen, deren Verhalten sich gegenüber einer *einzelnen* Person als willkürliche Differenzierung erweist. Schutzgut ist daher weniger der *ordre public* in Form eines friedlichen und geordneten Zusammenlebens unterschiedlicher ethnischer Gruppen, als vielmehr der Schutz des Einzelnen, seiner Persönlichkeitsrechte bzw. seiner Würde⁶⁵⁸.

Auf den ersten Blick könnte man die neuen gesetzlichen Regelungen (zumindest auf materiell-rechtlicher Ebene) als fortschrittlich bewerten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht negativ beurteilt wird aber unter anderem, dass die von Amts wegen verfolg-
baren Taten auf spezifische Tatbestände beschränkt sind (Art. 6 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 verlangt „schwerwiegende Umstände“), und das Opfer in allen anderen Fällen mit nicht unerhebliche Beweisschwierigkeiten zu kämpfen hat⁶⁵⁹. Sieht man sich die praktischen Fälle genauer an, sticht die äußerst seltene Anwendung der in Frage stehenden Bestimmungen ins Auge. Dabei scheint sich die in der Literatur geäußerte Vermutung zu bestätigen, dass es die Gerichte wohl für angemessener hielten, „auf eine Gefängnisstrafe der meist jugendlichen Täter, die selbst häufig Opfer gesellschaftlicher Ausgrenzung sind“ angesichts von nicht „allzu schwerwiegenden Taten“ zu verzichten⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Der erste ausdrücklich gegen rassistische Diskriminierungen gerichtete Gesetzgebungsakt stammt aus dem Jahr 1975 (*legge* Nr. 654/1975, GU 337/1975, geändert durch *legge* Nr. 85/2006, GU 60/2006). Dieses Gesetz richtet sich jedoch in erster Linie gegen gewaltsame Diskriminierungen, die ohnehin nach den bereits existierenden strafrechtlichen Bestimmungen geahndet werden konnten, vgl. näher *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cognni*, *Immigrazione: profili normativi orientamenti giurisprudenziali*, S. 247 ff., ders., *Riv. amm. rep. it.*, 2002, 829 (829 f.). Auch im Rahmen des *Codice penale* besteht die Möglichkeit, gegen Diskriminierungen vorzugehen, und zwar u.a. nach Art. 594 (Beleidigung) und Art. 595 (Verleumdung).

⁶⁵⁸ *Morozzo della Rocca*, *Gli atti discriminatori*, in *Dir. fam. pers.* 2001, S. 112 (114), ders., in *Morozzo della Rocca/Cognni*, *Immigrazione: profili normativi orientamenti giurisprudenziali*, S. 248.

⁶⁵⁹ *Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte*, in *Nascimbene*, *Il diritto degli stranieri*, S. 1110 f.

⁶⁶⁰ *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.* 2001, 112 (115 f.), ders., in *Morozzo della Rocca/Cognni*, *Immigrazione: profili normativi orientamenti giurisprudenziali*, S. 249, im Anschluss daran auch *Troisi*, in *Il diritto civile oggi*, S. 295 (295), *Centini*, *G. cost.* 2007, 2405 (2425). Aus der Rechtsprechung

Abgesehen von diesen Schwierigkeiten, den theoretisch garantierten Schutz in der Praxis wirksam umzusetzen, darf nicht vergessen werden, dass das Strafrecht im Kampf gegen Diskriminierungen nicht das Hauptinstrument darstellen soll. Zwar sind strafrechtliche Vorschriften unerlässlich, sie sollten dem Subsidiaritätsprinzip gemäß aber erst im Falle der Unzureichendheit außerstrafrechtlicher Maßnahmen eingreifen⁶⁶¹.

Die Aufmerksamkeit war deshalb groß, als vor gut zehn Jahren der *T.U. Immigrazione*⁶⁶² erlassen wurde, der entsprechende zivilrechtliche Rechtsmittel bereitstellt, um gegen auf Missachtung, Hass und Arroganz beruhende Diskriminierungen angehen zu können. Da die genannten Bestimmungen auch außerhalb des Bereichs Beschäftigung und Beruf Anwendung finden, stellte der *T.U. Immigrazione* bis zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien das wichtigste Regelwerk im Bereich zivilrechtlicher Diskriminierungen dar⁶⁶³.

Der *T.U. Immigrazione* enthält – die wohl wichtigste Neuigkeit⁶⁶⁴ – die erste vollständige Definition der (unmittelbaren und mittelbaren) Diskriminierung (Art. 43 Abs. 1)⁶⁶⁵. Neben dieser Generalklausel werden spezifische Fallgruppen festgelegt, in denen

Tribunale Torino vom 13. Januar 1997, QG, 1998, 478 ff. zum Fall zweier Farbiger, denen der Zugang zu einem Lokal verweigert wurde, in dem zu besagtem Zeitpunkt eine Aufführung afrikanischer (!) Musik im Gange war.

⁶⁶¹ Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz zielt der strafrechtliche darauf ab, die gleiche soziale Würde zu schützen und in strafrechtlicher Hinsicht rassische oder ethnische Diskriminierungen zu verhindern; zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz will hingegen in erster Linie geeignete Rechtsmittel zur Verfügung stellen, damit Diskriminierungen dieser Art durch Verwaltung und Private ein möglichst schnelles Ende finden und den Ersatz auch nicht vermögensrechtlicher Schäden ermöglichen. Kritisch zum Nutzen spezieller strafrechtlicher Vorschriften im Kampf gegen Diskriminierungen *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cognini*, *Immigrazione: Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, S. 247 ff.

⁶⁶² Vgl. Fn. 23.

⁶⁶³ Vgl. aber die im Arbeitsrecht bereits bestehenden Vorschriften der *legge* Nr. 300/1970 („*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*“, GU 131/1970), insbesondere die Art. 8, 15 und 16 (die vor Diskriminierungen aus politischen, religiösen oder rassischen Gründen, aus Gründen der Sprache sowie des Geschlechts schützen und sich mit dem *T.U. Immigrazione* teilweise überschneiden, dazu näher *Amoroso*, *Statuto dei lavoratori*, 1997), sowie Art. 3 *decreto legislativo* Nr. 276/2003 (GU 235/2003, suppl. ord. 159) zum Verbot, aufgrund des Geschlechts beim Zugang zur Arbeit und im Rahmen der Arbeitsbedingungen zu diskriminieren. Vgl. näher *Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte*, in *Nascimbene*, *Il diritto degli stranieri*, S. 1108 f., *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cognini*, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, S. 247 ff., *Barbera*, *NLCC.*, 1994, 54 ff.

⁶⁶⁴ *Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte*, in *Nascimbene*, *Il diritto degli stranieri*, S. 1111.

⁶⁶⁵ Dazu ausführlich Teil 4, B, I.

„auf jeden Fall“ eine Diskriminierung vorliegt (Art. 43 Abs. 2): Dies ist beispielsweise der Fall, wenn öffentlich Bedienstete Handlungen gegenüber aufenthaltsberechtigten Ausländern lediglich aufgrund deren Ausländereigenschaft oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse, Religion, Ethnie oder Nationalität (nicht) vornehmen, und diese dadurch ungerechtfertigt diskriminiert werden (Buchst. a). Weiterhin dürfen aus den genannten Gründen öffentlich angebotene Güter und Dienstleistungen nicht verweigert bzw. zu nachteiligen Bedingungen geliefert werden (Buchst. b); dasselbe gilt hinsichtlich des Zugangs zu Beschäftigung, Bildung, Wohnraum und sozialen Dienstleistungen (Buchst. c)⁶⁶⁶.

Art. 44 *T.U. Immigrazione* regelt im Anschluss daran die Sanktionen, die den Diskriminierenden auferlegt werden können: Auf Antrag der beschwerten Partei kann die Beendigung des diskriminierenden Verhaltens angeordnet sowie „jede andere geeignete Maßnahme ergriffen werden, die sich nach den Umständen als erforderlich erweist, um die Wirkungen des diskriminierenden Verhaltens zu beseitigen“. Des Weiteren kann die beklagte Partei zum Ersatz des Schadens – der auch den Nichtvermögensschaden umfasst – verurteilt werden (Abs. 7)⁶⁶⁷.

Zwar haben die Gerichte bisher nur selten von den genannten Bestimmungen Gebrauch gemacht⁶⁶⁸; dennoch stellen sie, wenn auch beschränkt auf rassische, ethnische, nationale und religiöse Diskriminierungen⁶⁶⁹, einen bedeutenden Schritt nach vorne im Kampf gegen Diskriminierungen im Privatrecht dar⁶⁷⁰, denn sie gehen zum ersten Mal über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus⁶⁷¹. Mit der Festlegung derartiger Diskriminierungsverbote in privaten Austauschverhältnissen ist der italienische Gesetz-

⁶⁶⁶ Weitere Tatbestände werden in den Buchstaben d) und e) genannt, vgl. *Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte*, in Nascimbene, *Il diritto degli stranieri*, S. 1126 ff.

⁶⁶⁷ Näher *Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte* in Nascimbene, *Il diritto degli stranieri*, S. 1130 ff., *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. Pers.* 2001, 112 (132).

⁶⁶⁸ Vgl. *Italy country report on measures to combat discrimination*, S. 2, einsehbar unter http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_en.htm. Mit (den wenigen) Beispielen aus der Rechtsprechung *Morozzo della Rocca*, in *Dir. fam. pers.* 2001, S. 112 (127 f.).

⁶⁶⁹ Für eine analoge Anwendung auf Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Ausrichtung *Mantello*, *Riv. dir. civ.* 2004, 439 (449 ff.). Vgl. im Übrigen die Kritik bei *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.* 2001, 112 (124 ff.).

⁶⁷⁰ *Morozzo della Rocca*, in *Dir. fam. pers.* 2001, 112 (116).

⁶⁷¹ *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cogniti, Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, S. 250 f., *Bonetti/Melica/Castelvetri/Casadonte*, in Nascimbene, *Il diritto degli stranieri*, S. 1113.

geber sogar dem Gemeinschaftsgesetzgeber zuvorgekommen⁶⁷², der erst im Jahr 2000 die auch im allgemeinen zivilrechtlichen Bereich wirkende „Antirassismusrichtlinien“ erlassen hat.

Den damit verbundenen europarechtlichen Vorgaben konnten die Regelungen des *T.U. Immigrazione* dennoch nicht mehr genügen. Doch anstatt die Gelegenheit zu einer Vereinheitlichung bzw. koordinierten Ergänzung der bestehenden Vorschriften zu nutzen, hat der italienische Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der Antirassismusrichtlinie neue bzw. weitergehende Schutzbestimmungen geschaffen, ohne dabei auf eine ausreichende Harmonisierung mit dem *T.U. Immigrazione* zu achten. Wie in Teil vier und fünf zu zeigen sein wird, macht dies die Situation im italienischen Recht äußerst komplex und bereitet dem Rechtsanwender nicht unerhebliche Auslegungsschwierigkeiten⁶⁷³.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Die im deutschen Grundgesetz enthaltenen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote, die den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisieren und begrenzen, können in drei verschiedene Regelungskomplexe unterteilt werden: Am stärksten ist der Schutz aufgrund des Geschlechts ausgebaut, da das Grundgesetz nicht nur ein striktes Differenzierungsverbot enthält (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG), sondern seit 1994 auch einen Verfassungsauftrag dahingehend enthält, „die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ zu fördern „und auf die Beseitigung bestehender Nachteile“ hinzuwirken (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG). Dieses als Staatsziel normierte und nicht unmittelbar anspruchsbegründende Förderungsgebot will den Staat nicht zum „Erfolgsgaranten“ für die Gleichberechtigung in der Gesellschaft machen; vielmehr geht es um „tatsächliche Chancengleichheit“ im Sinne einer Verbesserung bzw. Angleichung der Ausgangslage der Frauen, die kompensatorische Fördermaßnahmen zum Ausgleich faktischer Nachteile ermöglicht.

⁶⁷² *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 320.

⁶⁷³ Kritisch *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 320 f., *Maffei*, *Offerta al pubblico*, S. 14 ff.

Neben dem Geschlecht schützt das Grundgesetz außerdem vor Diskriminierungen aufgrund der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens sowie der religiösen und politischen Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG); im Vergleich zu diesen nimmt das seit 1994 verfassungsrechtlich geschützte Merkmal der Behinderung eine Sonderstellung ein, da aufgrund einer Behinderung zwar nicht „benachteiligt“, wohl aber bevorzugt werden darf (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips liefert das Benachteiligungsverbot die Grundlage dafür, dass durch staatliche Maßnahmen die zwischen Nichtbehinderten und Behinderten vorhandenen Unterschiede sozial ausgeglichen werden können. Damit nähert sich das (reine) Benachteiligungsverbot trotz seiner lokalen Verortung in Abs. 3 dogmatisch und inhaltlich eher an Abs. 2 an. Während das Grundgesetz in Bezug auf die Merkmale Geschlecht und Behinderung also kompensatorische Fördermaßnahmen zulässt und damit auf das Prinzip substantieller Gleichheit im Sinne von Chancengleichheit ausgerichtet ist, ist ihm hinsichtlich der weiteren Merkmale eine eher formale Ausrichtung eigen.

Die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote sind zwar primär als Abwehrrechte der Grundrechtsträger gegenüber der staatlichen Gewalt konzipiert, sie wirken aber als grundgesetzliche Wertentscheidungen im Horizontalverhältnis zwischen Bürgern über die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts. Daher wurde vor Erlass des AGG teilweise behauptet, im deutschen Recht sei ein ausreichender Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr bereits durch den Rückgriff auf § 138 bzw. die deliktrechtlichen Bestimmungen (§§ 823, 826 BGB) gewährleistet. Dem musste jedoch widersprochen werden: Die Analyse der Rechtsprechung und die Darstellung der Auffassungen in der Literatur zeigen, dass die Effektivität des Schutzes vor Diskriminierungen auf Grundlage der Generalklauseln äußerst begrenzt war: zum einen geht es bei den im Bereich Arbeits-, Wohnungs- und Gaststättenrecht Diskriminierungsfällen meist nicht um sittenwidrige Verträge, sondern um Vertragsverweigerungen; daher erweist sich § 138 BGB als wenig brauchbar. Zum anderen bedingte die in § 826 BGB aufgestellte Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung grundsätzlich eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf Fälle des „allgemeinen Notbedarfs“ und damit auf absolute Ausnahmefälle. Da sich auch die Begründung eines Kontrahierungszwangs erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt sah, blieb im Ergebnis meist nur ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts nach § 823 Abs. 1 BGB.

Die bestehenden Schutzlücken verdeutlichen die bislang wenig gesicherte Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes im deutschen Vertragsrecht sowie die Notwendigkeit und Wichtigkeit des Erlasses spezieller Vorschriften. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die fallweise entscheidende Rechtsprechung und die damit verbundene Rechtsunsicherheit, sondern auch angesichts der vom EuGH verlangten „klaren, bestimmten und transparenten“ Umsetzungsbestimmungen.

Im Hinblick auf den Gleichheitssatz und die Diskriminierungsmerkmale unterscheidet sich die *Costituzione* nicht unwesentlich vom Grundgesetz: Zum einen erwähnt Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* die sich nur teilweise mit Art. 3 GG überschneidenden Merkmale (neben Geschlecht, Rasse, Religion schützt er auch vor Diskriminierungen aufgrund der politischen Anschauung sowie persönlicher und sozialer Bedingungen) unterschiedslos, enthält also keine Abstufungen; zum anderen ist die genannte Liste nicht abschließend, was insbesondere durch die Bezugnahme auf die „persönlichen und sozialen Bedingungen“ zum Ausdruck kommt: Auf ihrer Grundlage kann die Unrechtmäßigkeit jeder die Würde oder die persönliche Ehre verletzenden Handlungen begründet werden. Dementsprechend will man unter die „persönlichen Bedingungen“ beispielsweise auch die Merkmale Behinderung, sexuelle Orientierung und Alter fassen.

Das Merkmal der „persönlichen und sozialen Bedingungen“ spielt darüber hinaus als eine Art Übergangsklausel bzw. Verbindungslinie zwischen formeller Gleichheit und der in Art. 3 Abs. 2 *Costituzione* ausdrücklich erwähnten substantiellen Gleichheit eine Rolle. Diese den Sozialstaat begründende Bestimmung verpflichtet den Gesetzgeber dazu, „Hindernisse wirtschaftlicher und sozialer Natur, die die Freiheit und Gleichheit der Bürger faktisch beeinträchtigen“, zu beseitigen und gilt als ein Beweis für in der sozialen Wirklichkeit fortbestehende, die gleiche Würde verletzende Bedingungen. Ihr Ziel ist es, den Genuss der abstrakt jedermann zuerkannten Rechte mittels einer Beseitigung faktischer Ungleichheiten auch konkret zu gewährleisten. Im Zusammenhang mit der Ermöglichung einer tatsächlichen Ausübung von Rechten, einer *gleichen* Freiheit wird auch – was in Deutschland Gegenstand der Diskussionen im Rahmen der „tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter“ ist – der Erlass positiver Maßnahmen diskutiert. Da das in der *Costituzione* enthaltene Prinzip der substantiellen Gleichheit für einen Ausgleich der faktischen und sozialen Bedingungen steht, der es ermöglichen soll, auf der sodann geschaffenen Grundlage die gesellschaftlichen Verhältnisse in einer Weise neu zu definieren, dass potentielle

„Risikogruppen“ bessere Ergebnisse erzielen können, werden rein ergebnisorientierte Maßnahmen abgelehnt. Diese Überlegungen machen deutlich, dass das in Art. 3 *Costituzione* enthaltene Gleichheitsmodell auf das Konzept der Chancengleichheit im substantiellen Sinne ausgerichtet ist.

Was die Geltung des Gleichheitsprinzips im Horizontalverhältnis zwischen Bürgern angeht, so hat sich die *Corte costituzionale* bislang zwar nicht für dessen generelle Anwendung auf Privatrechtsverhältnisse ausgesprochen; die Verfassungsrichter bejahen im Ergebnis aber die Anwendung der Diskriminierungsverbote auf Privatrechtsbeziehungen, wenn sie feststellen, dass auch Privatpersonen dem Verbot, „aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Sprache und der Religion zu diskriminieren (Art. 3 *Costituzione*)“, Rechnung tragen müssten. Eine weitaus restriktivere Haltung nimmt die *Corte di Cassazione* ein, die den Gerichten unter Hinweis auf die privawirtschaftliche Unternehmungsfreiheit ausdrücklich die Befugnis zur einer unmittelbaren und allgemeinen Kontrolle privatautonomer Handlungen abspricht.

In der Literatur wurde das Thema der Gleichbehandlung lange Zeit als Fremdkörper sowohl des Arbeits-, als auch des Zivilrechts betrachtet. Insbesondere mögliche Lösungsvorschläge im Hinblick auf diskriminierende Vertragsverweigerungen wurde ernsthaft(er) erst seit Bestehen des sog. *Testo unico dell'Immigrazione* („*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*“) erarbeitet. Mit dem genannten Regelwerk ist der italienische Gesetzgeber dem Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber insofern zuvorgekommen, als die Bestimmungen seit 1998 vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse, der Religion, der Nationalität und der ethnischen Herkunft schützen, und zwar auch außerhalb des Bereichs von Beschäftigung und Beruf: So beispielsweise bei öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen, die „nicht verweigert bzw. zu nachteiligen Bedingungen geliefert werden“ dürfen. Diese Vorgaben stellen in der nationalen Gesetzgebung einen bedeutenden Schritt nach vorne im Kampf gegen Diskriminierungen im Privatrecht dar, sie bleiben aber hinter den mit Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien aufgestellten Anforderungen zurück.

TEIL 4

DAS ZIVILRECHTLICHE DISKRIMINIERUNGSVERBOT IN DEN NATIONALEN UMSETZUNGSBESTIMMUNGEN

Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien der „neuen Generation“ hat sich, wie bereits angedeutet, in Deutschland und Italien auf sehr unterschiedliche Art und Weise vollzogen. Während sich der deutsche Gesetzgeber zugunsten eines einzigen Gesetzes entschieden hat, das sämtliche der hier untersuchten europarechtlichen Vorgaben unter einem Dach vereint und teilweise über diese hinausgeht, hat der italienische Gesetzgeber für eine unabhängige und vielerorts kritisierte, eher mechanische Umsetzung der Richtlinieninhalte optiert, die in den Jahren 2003 bis 2007 im Rahmen verschiedener Regelwerke in das nationale Recht eingeflossen sind.

Der Frage, ob mit diesem unterschiedlichen „Umsetzungsweg“ ebenso viele Unterschiede im Rahmen des Schutzes vor potentiellen Diskriminierungen einhergehen⁶⁷⁴, wird nachfolgend anhand einer Analyse insbesondere der jeweiligen sachlichen Anwendungsbereiche, der geschützten Merkmale sowie der Ausnahmeregelungen nachgegangen. Da sich die in den Richtlinien enthaltenen Vorgaben und Definitionen nicht selten wortlautgetreu insbesondere in den italienischen, teilweise aber auch in den deutschen Umsetzungsbestimmungen

⁶⁷⁴ Allgemein zum Zusammenhang und Verhältnis von „Techniken“ und Werten in der Rechtsvergleichung *Somma*, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, insbes. S. 64 ff.

wiederfinden, werden sie, soweit in diesem Zusammenhang von Nutzen, als Ausgangspunkt der Untersuchung genommen⁶⁷⁵.

A. Der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots

I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Die nationalen Regelungen zum Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen sind das Ergebnis der Umsetzung des jeweiligen Art. 3 der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG. Während sich erstere sowohl auf den Bereich Beschäftigung und Beruf als auch auf das allgemeine Zivilrecht bezieht, ist die Richtlinie 2004/113/EG auf letzteren beschränkt: Sie gilt nach Art. 3 Abs. 1 „für alle Personen, die Güter⁶⁷⁶ und Dienstleistungen⁶⁷⁷ bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden“. Der Bereich Bildung und Werbung sowie Beschäftigung und Beruf

⁶⁷⁵ Da in Deutschland die Diskussionen und Beiträge zum zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz wesentlich zahlreicher als in der italienischen Literatur sind, wo das Thema immer noch ein eher marginales Dasein fristet (vgl. dazu die Kritik von *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 289 ff. und bereits Teil 1, C.), musste (auch) im Rahmen des Eingehens auf die europarechtlichen Vorgaben in erster Linie die deutsche Literatur berücksichtigt werden.

⁶⁷⁶ Mit diesem in den Richtlinien verwendeten Begriff der „Güter“ sind Waren im Sinne von Art. 28 EGV gemeint, vgl. Erw.grund elf RL 2004/113/EG. Zwar enthält der EGV selbst keine Definition des Warenbegriffs, doch hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass unter Waren körperliche Gegenstände zu verstehen sind, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, so schon EuGH, Rs. C-7/68 (Kommission/Italien), Slg. 1968, I-633.

⁶⁷⁷ Der Inhalt des Begriffs „Dienstleistungen“ entspricht demjenigen der Art. 49 ff. EGV (vgl. Erw.grund elf RL 2004/113/E) und erfasst Dienstleistungen, die normalerweise gegen Entgelt erbracht werden. Umfasst werden u.a. Dienst- und Werkverträge, Verträge über Finanzdienstleistungen, Miet-, Leasing-, Maklerverträge und Geschäftsbesorgungen. Obwohl die Bereitstellung von Wohnraum vom Dienstleistungsbegriff bereits umfasst wird, erwähnt die Richtlinie 2000/43/EG – im Gegensatz zur Richtlinie 2004/113/EG – den Begriff „Wohnraum“ noch ausdrücklich.

(vgl. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1) werden vom Schutzzumfang ausdrücklich ausgenommen⁶⁷⁸. Dagegen betrifft Art. 3 Abs. 1 der Antirassismusrichtlinie verschiedene Aspekte des Berufslebens (Buchst. a) bis d)), bezieht sich aber ausdrücklich auch auf Bereiche außerhalb von Beschäftigung und Beruf: vor Diskriminierungen geschützt werden soll im Rahmen des „Sozialschutzes“ (Buchst. e), der „sozialen Vergünstigungen“ (Buchst. f), der „Bildung“ (Buchst. g) sowie „des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“ (Buchst. h).

Insbesondere dieses in der Richtlinien nicht näher erläuterte Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ war im Rahmen des Umsetzungsprozesses Gegenstand von Diskussionen.

Wer die Vorschrift restriktiv auslegt und verlangt, dass der Anbieter Waren und Dienstleistungen typischerweise mehrfach vorrätig haben muss, damit sie „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, plädiert im Ergebnis dafür, nur Angebote von Unternehmern erfasst zu sehen, die eben auch mehrfach erbracht werden können; auf der Grundlage derartiger Überlegungen sollen Angebote von Privaten daher selbst dann nicht unter den Tatbestand fallen, wenn sie zum Beispiel im Internet oder in einer Zeitungsanzeige öffentlich angeboten werden⁶⁷⁹. Folgt man dieser Auffassung, bleibt im Ergebnis ein nicht unerheblicher Raum für diskriminierendes Marktverhalten⁶⁸⁰, da nicht gewerbliche Händler immer dann, wenn sie nicht den Abschluss einer Vielzahl von Verträgen beabsichtigen, sondern lediglich eine Vielzahl von Interessenten ansprechen wollen⁶⁸¹, grundsätzlich vom Diskriminierungsschutz ausgenommen werden.

Überzeugender ist daher die Gegenmeinung⁶⁸², die in erster Linie darauf abstellt, ob die Erklärung über die Privatsphäre des Anbietenden hinaus geht, ob jemand also „planmäßig an den Markt herantritt“, und zwar unabhängig davon, ob über das Gut oder die Dienstleistung nur *ein* Vertrag geschlossen werden kann. Richtigerweise wird in

⁶⁷⁸ Letzterer wird im Rahmen der Richtlinie 2002/73/EG geregelt (vgl. nunmehr aber Richtlinie 2006/54/EG Neufassung, durch die auch die Richtlinie 2002/73/EG zum August 2009 aufgehoben wird).

⁶⁷⁹ So *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2580), *Thüsing*, NJW 2003, 3441 (3442 f.).

⁶⁸⁰ *Thüsing*, NJW 2003, 3441 (3443).

⁶⁸¹ *Rust/Falke-Bittner*, AGG, § 19, Rn. 176.

⁶⁸² *Riesenhuber*, in *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz, S.126, *Korell*, Jura 2006, 1 (3 ff.).

diesem Zusammenhang betont, dass „außerhalb der Privatsphäre prinzipiell keine aner kennenswerten Sachgründe ersichtlich sind, die eine Diskriminierung aufgrund unveränderbarer Merkmale wie der Rasse, der ethnischen Herkunft und des Geschlechts rechtfertigen würden“⁶⁸³. Damit ein effektiver Diskriminierungsschutz verwirklicht werden kann, der vor alltäglichen Formen der Ausgrenzung jeder Art schützt, muss ein striktes Diskriminierungsverbot Anwendung finden, das für Kaufleute wie für nicht professionelle Anbieter gleichermaßen gilt⁶⁸⁴. Für diese Auffassung spricht schließlich auch die Entstehungsgeschichte des Merkmals „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ das erst in der abschließenden Beratung im Rat aufgenommen worden ist. Damit dem Diskriminierungsverbot zu größtmöglicher Wirksamkeit verholfen werden kann, stehen Güter und Dienstleistungen immer dann der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn sie einem unbestimmten Adressatenkreis angeboten werden⁶⁸⁵.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang außerdem, ob das einzig in der Richtlinie 2004/113/EG enthaltene Merkmal „ohne Ansehen der Person“ eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs nach sich zieht, mit der Folge, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG – die diese Formel nicht enthält – über denjenigen der Richtlinie 2004/113/EG hinausgeht.

Teilweise wird das Vorhandensein dieses Merkmals als ein Zeichen für den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt der beiden Richtlinienbestimmungen gesehen: Im Rahmen der Richtlinie 2004/113/EG sollten demnach Geschäfte ausgeschlossen werden, bei denen es auf die Person des Vertragspartners ankommt. Das aber hätte zur Folge, dass im Rahmen von so wichtigen Verträgen wie Kredit-, Versicherungs- oder Wohnraummietverträgen nicht vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts geschützt werden würde⁶⁸⁶. Auch wäre dann Erwägungsgrund sechzehn der Richtlinie 2004/113/EG sinnlos, der (nur) in bestimmten Fällen der Wohnungsvermietung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für sachlich gerechtfertigt hält. Daher ist

⁶⁸³ Rust/Falke-Bittner, AGG, § 19, Rn. 181.

⁶⁸⁴ Ähnlich Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 3, Rn. 89, der andernfalls die Gefahr einer Schutzlücke sieht, die „mit Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots nicht zu vereinbaren“ ist.

⁶⁸⁵ Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529 (529), Wiedemann/Thüsing, DB 2002, 463 (465), Rebhahn-Posch, GIBG, § 30, Rn. 22.

⁶⁸⁶ Beispielhaft genannt wird auch der (praktisch allerdings weniger wichtige) Geschäftsbesorgungsvertrag, vgl. Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 3, Rn. 61.

davon auszugehen, dass die Formulierung lediglich klarstellend ist bzw. keinen weiteren Bedeutungsgehalt hat⁶⁸⁷, und der Geltungsbereich der beiden Richtlinien mithin identisch ist⁶⁸⁸.

Im Rahmen der von den beiden Richtlinien geschützten Merkmale – Rasse und ethnische Herkunft einerseits, Geschlecht andererseits – ist insbesondere die Verwendung des Begriffs Rasse kontrovers diskutiert worden: Zwar weist der sechste Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/43/EG darauf hin, dass die Europäische Union Theorien zurückweist, „mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen“, doch wollte man dem Begriff selbst festhalten, um die von dem negativ belegten Wort „Rassismus“ ausgehende Signalwirkung zu nutzen⁶⁸⁹. Es soll damit klargestellt werden, dass es nicht um die Zugehörigkeit zu einer angeblichen Rasse geht, sondern dass es für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots genügt, dass den Betroffenen Merkmale wie Abstammung, Volkstum u.ä. zugeschrieben werden und sie deshalb diskriminiert werden⁶⁹⁰. Damit ein möglichst lückenloser Schutz vor ethnisch motivierter Benachteiligung gewährleistet wird, sind die in Frage stehenden Begriffe (Rasse und ethnische Herkunft) in einem umfassenden Sinn zu verstehen. Zwar ist ihre Abgrenzung wegen der fließenden Übergänge problematisch; im Ergebnis werden aber an die Benachteiligung aufgrund beider Merkmale dieselben Rechtsfolgen angeknüpft⁶⁹¹.

In Bezug auf das Merkmal Geschlecht fehlt es an einer Definition in den EU-Richtlinien wie auch in den gesetzlichen Regelungen zur Geschlechtergleichbehandlung der meisten anderen europäischen Staaten⁶⁹². Selbst der EuGH hat in seiner umfassenden Rechtsprechung zu Art. 141 EGV das Merkmal Geschlecht nicht definiert, sondern lediglich im Rahmen verschiedener Konstellationen Diskriminierungen

⁶⁸⁷ *Riesenhuber*, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 126.

⁶⁸⁸ Vgl. auch KOM (2003), 657 endg., 15.

⁶⁸⁹ Für einen völligen Verzicht auf den Begriff „Rasse“ plädierte noch *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2670). Kritisch auch *Schiek*, AuR 2003, 44 (44 ff.), *Alpa*, NGCC 2007, 33 (34), *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cognini*, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, 2005, S. 247, Fn. 1.

⁶⁹⁰ „Diskriminierung durch Askription, vgl. *Schiek*, AuR 2003, 44 (45).

⁶⁹¹ Näher *Thüsing*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 3 (9 f.), *Rudolf/Mahlmann-Mahlmann*, Gleichbehandlungsrecht, § 3, Rn. 71 ff., *Rudolf/Mahlmann-Armbrüster*, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 21 ff.

⁶⁹² *Schiek-Schiek*, AGG, § 1, Rn. 26.

aufgrund des Geschlechts festgestellt: so im Falle der unterschiedlichen Behandlung wegen Mutter- bzw. Schwangerschaft und Transsexualität⁶⁹³. Nicht unter das Merkmal Geschlecht fällt hingegen die in Art. 13 EGV und der Richtlinie 2000/78/EG eigens erwähnte „sexuelle Ausrichtung“. Damit ist zwischen Geschlecht, das rein biologisch als Unterscheidung zwischen Mann und Frau zu verstehen ist und „bei den meisten Menschen mit dem registrierten Geschlecht übereinstimmt“⁶⁹⁴, und Sexualität zu unterscheiden, worunter Hetero-, Homo- und Bisexualität fallen.

Nur die beiden Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG beinhalten Vorgaben für die Ausgestaltung des Zivilrechts, während die Richtlinie 2000/78/EG – in deren Rahmen auch vor Diskriminierungen aufgrund „der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ geschützt werden soll (vgl. Art. 1) – in ihrem Anwendungsbereich auf das Arbeitsrecht beschränkt ist. Damit ist im Bereich des allgemeinen Zivilrechts in europarechtlicher Hinsicht ein Schutz vor Diskriminierungen über die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht hinaus nicht vorgesehen. Ob bzw. inwiefern der deutsche und italienische Gesetzgeber die Möglichkeit genutzt haben, über diesen in den Richtlinien gewährten Schutz hinauszugehen und günstigere Regelungen zu erlassen⁶⁹⁵, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

II. Deutschland

Im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ist der sachliche Anwendungsbereich alles andere als übersichtlich geregelt: Der die §§ 1 bis 5 AGG umfassende sog. „Allgemeine Teil“ des AGG – der neben dem Anwendungsbereich u.a. die Ziele des Gesetzes festlegt, den Begriff Diskriminierung definiert und für das Arbeitsrecht und das allgemeine Zivilrecht gleichermaßen gilt – regelt diesen „nur nach Maßgabe der im AGG enthaltenen Bestimmungen“⁶⁹⁶. Deshalb ist die den Anwendungsbereich defi-

⁶⁹³ Vgl. nur EuGH, Rs. C-177/88 (Dekker), Slg. 1990, I-3941 (zur Schwangerschaft) und EuGH, Rs. C-13/94 (P/S), Slg. 1996, I-2143 (zur Transsexualität).

⁶⁹⁴ *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 1, Rn. 15, *Rust/Falke-Rust*, AGG, § 1, Rn. 28.

⁶⁹⁵ Dies ist nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/43/EG bzw. Art. 7 Abs. 1 RL 2004/113/EG möglich.

⁶⁹⁶ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 25.

nierende Vorschrift des Allgemeinen Teils (§ 2 AGG) in Bezug auf Diskriminierungen im Arbeitsrecht mit den Regelungen in Abschnitt zwei – der den „Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung“ regelt – und in Bezug auf Diskriminierungen im allgemeinen Zivilrecht mit denjenigen in Abschnitt drei – der den „Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr“ betrifft – zu lesen⁶⁹⁷.

Der Grund für diese innerhalb des AGG verstreuten Regelungen liegt u.a. in den entsprechenden Regelungen der Richtlinien, die, wie erwähnt, im allgemeinen Zivilrecht nur aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft sowie des Geschlechts schützen wollen, während sie für den Bereich Beschäftigung und Beruf einen Schutz vor sämtlichen der in Art. 13 EGV genannten Diskriminierungsgründe vorsehen⁶⁹⁸. Daher legt auch § 1 AGG zunächst einmal ganz allgemein fest, dass mit dem Gesetz, „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“ verhindert bzw. beseitigt werden sollen.

§ 2 AGG gibt nun in Abs. 1 Nr. 8 AGG⁶⁹⁹ wortlautgetreu die Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG und sinngemäß die der Richtlinie 2004/113/EG wieder⁷⁰⁰ und schreibt vor, dass Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig sind „in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“. Diese Regelung wird für zivilrechtliche Rechtsverhältnisse im Rahmen des dritten Abschnitts des AGG (§§ 19 ff.) allerdings nicht unerheblich eingeschränkt. Dabei werden je nach Merkmal verschiedene

⁶⁹⁷ Das AGG ist in insgesamt sieben Abschnitte eingeteilt: neben dem bereits erwähnten Allgemeinen Teil (§§ 1-5), dem Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung (§§ 6-18) und dem Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr (§§ 19-21) sind in Abschnitt vier (§§ 22, 23) Regelungen zum Rechtsschutz, in Abschnitt fünf (§ 24) Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, in Abschnitt sechs (§§ 25-30) Vorschriften zur Antidiskriminierungsstelle und in Abschnitt sieben (§§ 31-33) die Schlussvorschriften enthalten.

⁶⁹⁸ Näher Schiek-Schiek, AGG, § 2, Rn. 2.

⁶⁹⁹ § 2 Nr. 5 bis 7 ist Art. 3 Abs. 1 Buchst. e) bis g) RL 2000/43/EG exakt nachgebildet und betrifft den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen sowie die Bildung, § 2 Nr. 1 bis 4 AGG bezieht sich auf den Bereich Beschäftigung und Beruf.

⁷⁰⁰ Art. 3 Abs. 1 Buchst. h) RL 2000/43/EG bzw. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG. Zu den Diskussionen bzgl. des jeweiligen Anwendungsbereichs der RL 2000/43/EG und 2004/113/EG vgl. bereits oben bei Fn. 686-688.

Abstufungen vorgenommen, die das Verständnis der getroffenen Regelungen nur noch weiter erschweren.

1. Das allgemeine Benachteiligungsverbot

Das AGG legt in § 19 Abs. 1 Eingangssatz relativ pauschal fest, dass das Benachteiligungsverbot „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ gilt. Der deutsche Gesetzgeber hielt es für sachgerecht, den Diskriminierungsschutz über die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht hinaus in wesentlichen Bereichen des alltäglichen Lebens auf nahezu alle in Art. 13 EGV genannten Merkmale zu erstrecken⁷⁰¹; lediglich hinsichtlich des Merkmals Weltanschauung war er anderer Meinung: Die Befürchtung, Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts könnten versuchen, „sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus aner kennenswerten Gründen verweigert werden“, haben ihn dazu veranlasst, dieses Merkmal aus dem zivilrechtlichen Schutzbereich herauszunehmen⁷⁰².

Wie schon auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene gab im Rahmen der vom AGG geschützten Merkmale insbesondere das der Rasse Anlass zu Diskussionen. Der deutsche Gesetzgeber wollte in diesem Zusammenhang ausdrücklich betonen, dass er sich von jeglicher Art einer „Rassenlehre“ distanziert und hat deshalb für die Formulierung „aus Gründen der Rasse“ optiert, anstatt wie bei den übrigen Merkmalen die Präposition „wegen“ zu verwenden. Diese Wortwahl soll verdeutlichen, dass nicht

⁷⁰¹ Vgl. bereits BR-Drucks. 329/06, 25. Da mit Ausnahme der Weltanschauung damit alle in Art. 13 EGV genannten Diskriminierungsmerkmale miteinbezogen werden, soll hier vom „allgemeinen Diskriminierungsverbot“ die Rede sein. In der Kommentarliteratur wird überwiegend von einem „eingeschränkten Diskriminierungsverbot“ gesprochen (vgl. bspw. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 42), da der Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrechtsverkehr mit Ausnahme der Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht auf Massengeschäfte und „massenähnliche Geschäfte“ beschränkt ist (dazu sogleich).

⁷⁰² BT-Drucks. 16/2022, 13; Kritik dazu bei Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 1, die geltend macht, dass die gewählte Lösung am Sachproblem vorbeigeht, da „eine politische Auffassung nicht notwendigerweise unter den Schutz der Weltanschauung fällt“.

das Gesetz davon ausgeht, dass es verschiedene Rassen gibt, sondern dass dies „nur derjenige tut, der sich rassistisch verhält“⁷⁰³. Es bleibt aber zweifelhaft, ob die gewählte Formulierung tatsächlich dazu beiträgt, diese Differenzierung hinreichend bewusst zu machen⁷⁰⁴.

Die übrigen, im Rahmen der überschießenden Umsetzung ebenfalls vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfassten Merkmale – Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität – sollen vorliegend nur kurz und lediglich insoweit erwähnt werden, als sich Abweichungen zu den in den Richtlinien gewählten Begrifflichkeiten ergeben⁷⁰⁵. So weicht das AGG beispielsweise hinsichtlich des Merkmals sexuelle Identität vom Sprachgebrauch der Richtlinie 2000/78/EG ab, in der von sexueller Ausrichtung die Rede ist. Mit der Wortwahl wollte der Gesetzgeber die sprachliche Einheit mit § 75 BetrVG wahren, der unterschiedliche Behandlungen u.a. wegen der sexuellen Identität verbietet⁷⁰⁶. In diesem Zusammenhang wird teilweise auch vorgeschlagen, den Begriff der sexuellen Identität weiter auszulegen als den der sexuellen Ausrichtung⁷⁰⁷; er soll demnach nicht nur Homo-, Bi- und Heterosexualität umfassen, sondern auch Trans- und Intersexualität umfassen⁷⁰⁸. Hinsichtlich der beiden letztgenannten Eigenschaften wird jedoch mit gutem Grund eine Subsumtion unter das Merkmal Geschlecht verlangt: Da das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einen umfassenderen Anwendungsbereich hat als das der sexuellen Identität⁷⁰⁹, würde inter- und transsexuellen Menschen auf Grundlage einer erweiternden Auslegung des Merkmals „sexuelle Identität“ im Ergebnis ein geringerer Schutz zukommen⁷¹⁰. Deshalb sind diese beiden Merkmale im Rahmen des Geschlechts zu erfassen.

⁷⁰³ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 30.

⁷⁰⁴ Kritisch auch *Michaelsen*, Forum Recht 4/2005, 125 ff.

⁷⁰⁵ Ausführliche Erklärungen zu den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen finden sich bei Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 17 ff., Rust/Falke-Falke, AGG, § 1, Rn. 7 ff.

⁷⁰⁶ Rust/Falke-Plett, AGG, § 1, Rn. 99.

⁷⁰⁷ *Wendeling-Schröder*, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung zum AGG im Bundestag am 7.3.2005, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (A.-Drucks. 15 (12) 440-G).

⁷⁰⁸ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 31, so auch Gaier/Wendtland-Gaier, AGG, § 2, Rn. 70.

⁷⁰⁹ Dazu näher unter 2.

⁷¹⁰ So Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, § 7, Rn. 29, Schiek-Welti, AGG, § 1, Rn. 32.

Für den Begriff Behinderung gelten nach dem Willen des AGG-Gesetzgebers die in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX⁷¹¹ und § 3 BGG⁷¹² enthaltenen (miteinander übereinstimmenden) Legaldefinitionen⁷¹³. Demnach sind Menschen behindert, wenn „ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“. Dabei ergeben sich hinsichtlich des geforderten Sechs-Monats-Zeitraums grundsätzlich keine Übereinstimmungsprobleme mit dem Gemeinschaftsrecht, das bisher keine Definition der Behinderung enthält; der EuGH hat den Begriff lediglich im Rahmen des Arbeitslebens konkretisiert und betont, dass Behinderung nicht pauschal mit Krankheit gleichzusetzen ist, und dass es sich um eine dauerhafte Beeinträchtigung handeln muss⁷¹⁴. Sollte der EuGH diese Definition aber weiter präzisieren, wird die im deutschen Recht vorgesehene zeitliche Konkretisierung in Zukunft wohl dahinter zurücktreten müssen⁷¹⁵.

Nach der Gesetzesbegründung werden im Rahmen von § 19 AGG Schuldverhältnisse über Gegenstände aller Art erfasst. Um auszuschließen, dass sich das Benachteiligungsverbot aus den genannten Gründen auf jegliches zivilrechtliches Schuldverhältnis bezieht und um „die erforderliche Balance zwischen dem Schutz vor diskriminierendem Verhalten im Privatrechtsverkehr einerseits und der gebotenen Wahrung der Vertragsfreiheit andererseits“ zu gewähren⁷¹⁶, erfolgt im Rahmen von § 19 AGG eine Beschränkung auf Massengeschäfte (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG) sowie sog. „Beinahe-Massengeschäfte“⁷¹⁷ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG) und private

⁷¹¹ Sozialgesetzbuch, Neuntes Buch vom 19. Juni 2001 (BGBl. I, S. 1046), zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. Dezember 2007 (in BGBl. I 2007, 2984).

⁷¹² Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen vom 27. April 2002 (BGBl. I 2002, 1467), zuletzt geändert durch Art. 12 Gesetz vom 19. Dezember 2007 (in BGBl. I 2007, 3024).

⁷¹³ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 31.

⁷¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-13/05 (Chacon Navas), Slg. 2006, I-6467, wo der Begriff der Behinderung als eine Einschränkung erfasst wird, die insbesondere auf physische, geistige und psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.

⁷¹⁵ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 28.

⁷¹⁶ BT-Drucks. 16/1780, 41.

⁷¹⁷ So der Ausdruck bei Stork, ZEUS 2005, 1 (26 ff.). Auch von „massenähnlichen Geschäften“ bzw. von mit Massengeschäften „vergleichbaren Geschäften“ oder „massengeschäftsähnlichen

Versicherungsverträge (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG); lediglich hinsichtlich der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft gilt diese Beschränkung nicht.

Während das AGG unter Massengeschäften diejenigen Geschäfte versteht, die „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“, sind „Beinahe-Massengeschäfte“ solche, „bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat, und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“. Damit ist § 19 Abs. 1 Nr. 1 enger gefasst als § 2 Nr. 8 AGG: Während letzterer lediglich ein Angebot in der Öffentlichkeit verlangt, ist den beiden Tatbestandsalternativen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG darüber hinaus gemeinsam, dass sie „zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“.

Damit wird zwar ersichtlich, dass vom Diskriminierungsverbot der private Lebensbereich weitgehend ausgenommen sein soll⁷¹⁸; was jedoch genau eine „Vielzahl von Fällen“ bedeutet, bleibt zunächst einmal im Dunklen, denn darauf geht weder der Gesetzestext näher ein, noch erfolgt in der Gesetzesbegründung eine eindeutige Klarstellung: Dort ist lediglich von dem Eintritt des Anbietenden in die öffentliche Sphäre sowie der Vornahme „mehrerer gleichartiger“ Geschäfte die Rede, wobei die Sicht des Anbieters bzw. eines „auf der Anbieterseite stehenden neutralen Dritten“ entscheidend ist⁷¹⁹.

Einigkeit besteht in diesem Zusammenhang darüber, dass die Vorschrift jedenfalls auf Unternehmer im Sinne von § 14 BGB – und damit auf „natürliche und juristische Personen, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln“ – Anwendung findet⁷²⁰. Eine *Beschränkung* auf diese soll damit aber nicht einhergehen⁷²¹: Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Geschäfte nach der Vorstellung des Anbieters darauf ausgerichtet sind, von ihm „regelmäßig wiederkehrend in

Rechtsgeschäften“ ist die Rede, vgl. bspw. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 34 und Rn. 42, Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 9.

⁷¹⁸ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 43 ff.

⁷¹⁹ BT-Drucks. 16/1780, 41.

⁷²⁰ Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 10, Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 45.

⁷²¹ Vgl. aber die Gesetzesbegründung, in der in erster Linie von „Unternehmern“ die Rede ist (BT-Drucks. 16/1780, S. 41).

zahlenmäßig nicht nur unbedeutendem Umfang“ abgeschlossen zu werden⁷²²; ist dies der Fall, wird auch das erste Geschäft dieser Art bereits erfasst. Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang, den Begriff „Vielzahl“ wie in § 305 BGB auszulegen⁷²³, in dessen Rahmen drei bis fünf Verwendungen ausreichend sind⁷²⁴.

Das weitere den beiden Alternativen von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG gemeinsame Tatbestandsmerkmal der „vergleichbaren Bedingungen“ ist in Zusammenhang mit dem Charakter der Massengeschäfte bzw. der massenähnlichen Geschäfte zu lesen⁷²⁵: Im Rahmen von Massengeschäften ist die Voraussetzung grundsätzlich erfüllt, da es hier in der Natur der Sache liegt, dass mit all denjenigen, die der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots Folge leisten, der Vertrag zustande kommt und dieselben standardisierten Leistung zu denselben standardisierten Bedingungen geleistet werden. Im Rahmen der „Beinahe-Massengeschäfte“ liegt es ähnlich, da auch dort, wo das Ansehen nur nachrangige Bedeutung hat, der Vertrag typischerweise mit jedermann zu vergleichbaren Bedingungen geschlossen wird.⁷²⁶

Im Rahmen der ersten Tatbestandsalternative muss das Geschäft außerdem „ohne Ansehen der Person“ zustande kommen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die geschützten Merkmale typischerweise bedeutungslos sind, d.h. der Anbieter grundsätzlich nicht an den Eigenschaften seines Vertragspartners interessiert und deshalb bereit ist, das Geschäft mit jeder Person abzuschließen⁷²⁷. Umgekehrt sind also diejenigen Geschäfte ausgeschlossen, in deren Rahmen es auf besondere Eigenschaften des Vertragspartners typischerweise und vernünftigerweise ankommt bzw. sich das Angebot zielgerichtet an einzelne, konkret individualisierte Personen richtet⁷²⁸.

⁷²² Gaier-Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 20.

⁷²³ Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 10, Rust/Falke-Eggert, AGG, § 19, Rn. 28.

⁷²⁴ Vgl. aus der Rechtsprechung BGH, NJW-RR 2002, 13 ff., BGH, NJW 2002, 138 ff., BGH, NJW 2004, 1454 ff.

⁷²⁵ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 41.

⁷²⁶ Gaier-Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 23.

⁷²⁷ Beispielhaft zu nennen sind insbesondere Geschäfte im Rahmen des Einzelhandels, der Gastronomie, des Internetversandhandels und des Personennahverkehrs, vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 41. Näher Rust/Falke-Bittner, AGG, § 19, Rn. 7. Ähnlich Gaier-Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 21.

⁷²⁸ Genannt werden in diesem Zusammenhang meist Kreditverträge, bei denen vor Abschluss eine Einzelfallprüfung üblich ist, vgl. Rust/Falke-Bittner, AGG, § 19, Rn. 15. Vgl. auch Gaier-Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 23.

Eine Antwort darauf, welche Bedeutung im Rahmen der „massenähnlichen Rechtsgeschäfte“ der Formulierung „nachrangige Bedeutung“ (des Ansehens einer Person) zukommt, bleibt der Gesetzgeber schuldig. In der Gesetzesbegründung liest man lediglich, dass „dies z.B. vielfach der Fall sein wird, wenn ein großer Wohnungsanbieter eine Vielzahl von Wohnungen anbietet“⁷²⁹. In der Literatur werden daneben beispielhaft *standardisierte* Bankgeschäfte, wie der Abschluss eines Giro- oder Überweisungsvertrages genannt, die typischerweise nicht auf den einzelnen Kunden zugeschnitten sind⁷³⁰.

Eine Spezialregelung für die Vermietung von Wohnraum enthält in diesem Zusammenhang § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG: Eigentlich läge bei von „größeren Vermietern“ abgeschlossenen Wohnraummietverträgen wohl ein „Beinahe-Massengeschäft“ im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1, Alt. 2 AGG vor⁷³¹, in dessen Rahmen eine Benachteiligung *auch* aus Gründen des Alters, einer Behinderung, der Religion, des Geschlechts und der sexuellen Identität unzulässig ist. Abs. 5 Satz 3 legt nun aber fest, dass „die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden“⁷³² Gebrauch in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes I Nr. 1 darstellt, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet“⁷³³. Die Bestimmung stellt ein

⁷²⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 42.

⁷³⁰ Vgl. Rust/Falke-Bittner, AGG, § 19, Rn. 22.

⁷³¹ Von einem Massengeschäft geht man deshalb nicht aus, da das Ansehen der Person nicht völlig belanglos ist. Vgl. a. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 52.

⁷³² Wann ein Mietverhältnis nicht nur „vorübergehender“ Art ist, kann mit Hilfe der zu § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB entwickelten Grundsätze bestimmt werden, vgl. näher MüKo-Schilling, Kommentar zum BGB, § 549, Rn. 13.

⁷³³ Die Regelung stellt einen Ausschlussstatbestand, nicht etwa einen Rechtfertigungsgrund dar, so die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 42. Dementsprechend sind die in Frage stehenden Schuldverhältnisse bereits vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Regelbeispiel auf, das eine widerlegbare Vermutung⁷³⁴ enthält und daher nicht stets die Freistellung vom Diskriminierungsverbot begründet⁷³⁵.

Eine Sonderbehandlung erfahren schließlich in § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG die Privatversicherungsverträge⁷³⁶, in deren Rahmen das Vorliegen eines Massengeschäfts oder aber eines Beinahe-Massengeschäfts keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots ist⁷³⁷. In den wenigsten Fällen – wie beispielsweise bei der Auslandsreisekrankenversicherung oder der Reisegepäckversicherung⁷³⁸ – würde ein solches nämlich vorliegen, da im Rahmen von Versicherungsverträgen grundsätzlich eine individuelle Risikoprüfung stattfindet⁷³⁹. Nach der Gesetzesbegründung besteht im Rahmen von Versicherungen, die „häufig elementare Lebensrisiken abdecken“, auch bei individueller Risikoprüfung ein Bedürfnis danach, „sozial nicht zu rechtfertigende Unterscheidungen zu unterbinden“. Abgesehen von dieser Begründung bestanden in europarechtlicher Hinsicht zumindest in Bezug auf Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht eine Pflicht zu einem entsprechenden Schutz: Die Antirassismusrichtlinie erfasst private Versicherungsverträge als „Dienstleistung“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. h) und lässt insofern keine Einschränkungen, die Richtlinie 2004/113/EG verbietet unterschiedliche Prämien und Leistungen aufgrund des Geschlechts im Bereich des Versicherungswesens und „verwandter Finanzdienstleistungen“⁷⁴⁰, lässt

⁷³⁴ Die Vermutungen können jeweils widerlegt werden: Im Rahmen von Satz 3 kann für den Vermieter im konkreten Fall auch bei der Vermietung von weniger als 50 Wohnungen die Person des Mieters relativ bedeutungslos sein (in diesem Fall läge ein massenähnliches Geschäft vor, und er wäre an das Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts, einer Behinderung, des Alters, der Religion und der sexuellen Identität gebunden), er kann aber ausnahmsweise auch bei der Vermietung von mehr als 50 Wohnungen ein Interesse an der Person des Mieters haben (und deshalb lediglich an das Diskriminierungsverbot aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, § 19 Abs. 2 AGG gebunden sein).

⁷³⁵ Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 25, Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 52.

⁷³⁶ Vgl. dazu die besonders ausführliche Kommentierung bei Rust/Falke-Rödl, AGG, § 19, Rn. 31 ff.

⁷³⁷ § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG lautet: „Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung oder Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die (Nr. 2) eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig“.

⁷³⁸ Trotzdem wird in der Literatur vorgeschlagen, auch diese unter § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG zu fassen, der als *lex specialis* verstanden wird, vgl. Rust/Falke-Rödl, AGG, § 19, Rn. 31.

⁷³⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 42.

⁷⁴⁰ Vgl. Art. 5 RL 2004/113/EG.

insofern aber Ausnahmen zu⁷⁴¹. Einzig hinsichtlich dieses letztgenannten Punktes – den „verwandten Finanzdienstleistungen“ (wie sie beispielsweise Versicherungsvermittlungen darstellen⁷⁴² können) bleibt das AGG hinter den Richtlinienvorgaben zurück, da es auf diese keinerlei Bezug nimmt. Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang, das Problem anhand einer richtlinienkonformen (extensiven) Auslegung des Begriffs „privatrechtliche Versicherung“ zu lösen, so dass dieser auch verwandte Finanzdienstleistungen erfasst⁷⁴³.

2. Das spezielle Benachteiligungsverbot

Im Gegensatz zu den anderen Merkmalen erstreckt sich das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft gemäß § 19 Abs. 2 AGG auch auf „die Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Nr. 5 bis 8“⁷⁴⁴ und umfasst damit den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste (Nr. 5)⁷⁴⁵, soziale Vergünstigungen (Nr. 6)⁷⁴⁶, die Bildung (Nr. 7)⁷⁴⁷ sowie den Zugang zu

⁷⁴¹ Dazu unten C.I.

⁷⁴² Rust/Falke-Rödl, AGG, § 19, Rn. 54. Die Erwägungsgründe der Richtlinie geben keinen klaren Aufschluss darüber, was unter „verwandten Dienstleistungen“ zu verstehen ist. Zur Konkretisierung dieses Begriffs wird u.a. der Rückgriff auf die Dritte Lebensversicherungsrichtlinie (92/96/EWG) vorgeschlagen, Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 62.

⁷⁴³ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 62.

⁷⁴⁴ Deshalb ist hier auch von einem „umfassenden Diskriminierungsverbot“ die Rede, vgl. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 68. Keine Bedeutung entfaltet diese Vorschrift allerdings für Privatversicherungsverträge, da diese bereits durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG auch jenseits von Massengeschäften und vergleichbaren Schuldverhältnissen erfasst werden.

⁷⁴⁵ Ein Hauptanwendungsfall für sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse im Bereich des Sozialschutzes liegt im Leistungserbringungsrecht, wo zwar grundsätzlich zwischen Leistungsempfänger (Privatperson) und Leistungsträger, sowie zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer (z.B. Arzt, Krankenhaus) ein öffentlich-rechtliches Sozialrechtsverhältnis bzw. eine öffentlich-rechtlich ausgestaltete Rahmenvereinbarung besteht, wo aber regelmäßig zivilrechtliche Verträge zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer zustande kommen. Nur beispielhaft genannt seien an dieser Stelle die ärztliche Behandlung und die Krankenhausversorgung, in deren Rahmen mittlerweile das Vorliegen eines zivilrechtlichen Dienstvertrages angenommen wird. Weitere Beispiele und Details bei Rust/Falke-Oppermann, AGG, § 19, Rn. 69 ff.

⁷⁴⁶ Da die jeweiligen Leistungen im Rahmen der sozialen Vergünstigungen in erster Linie dem Arbeits- und Sozialrecht zuzurechnen sein dürften, ist der Anwendungsbereich von § 19 Abs. 2 AGG im

und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (Nr. 8). Mit dieser Regelung ist der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie nachgekommen.

Von grundlegender Bedeutung im hier interessierenden Kontext des allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ist § 2 Nr. 8 AGG – „der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“ –, denn in dessen Rahmen sind (im Gegensatz zu den Nr. 5 bis 7) in erster Linie privatrechtliche Schuldverhältnisse betroffen⁷⁴⁸.

Hinsichtlich der Diskussionen um die Bedeutung des Merkmals „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ kann auf die Ausführungen zu den europarechtlichen Vorgaben verwiesen werden⁷⁴⁹. Dabei ist der Auffassung zu folgen, die nicht nur Unternehmer, sondern auch Privatpersonen in den Anwendungsbereich miteinbeziehen will. Im Rahmen des AGG findet diese Auffassung außerdem Unterstützung durch die Gesetzesbegründung, wo klargestellt wird, dass Verträge zwischen Privatpersonen immer dann erfasst sind, wenn „das Angebot öffentlich gemacht wurde, es sich also nicht nur an einen begrenzten Personenkreis, sondern an die Allgemeinheit richtet und somit über die Privatsphäre des Anbieters hinausgelangt“⁷⁵⁰.

Fraglich ist im Zusammenhang mit dem umfassenden Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 AGG, ob bzw. inwiefern der fehlenden Erwähnung des Merkmals Geschlecht Rechnung getragen werden muss bzw. kann⁷⁵¹: Die Richtlinie 2004/113/EG

Rahmen der sozialen Vergünstigungen eher gering. Dem Zivilrecht zugerechnet werden können Fahrpreismäßigungen oder zinslose Darlehen, vgl. näher Rust/Falke-*Oppermann*, AGG, § 19, Rn. 74 ff.

⁷⁴⁷ Die Begründung, Durchführung und Beendigung von privatrechtlich mit kommerziellen Anbietern getroffenen Vereinbarungen über Bildungsleistungen wird (soweit es sich nicht um öffentlich-rechtliche Verhältnisse handelt) in der Regel unter § 19 Abs. 2 AGG – und nicht unter § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG – fallen, da es auf das Ansehen der Person grundsätzlich ankommt und dementsprechend keine standardisierten Verträge vorliegen. Anders, wenn die Zulassung zur privaten Hochschule oder zum Kindergarten lediglich von dem vollen Entgelt für die gewünschte Unterrichtung abhängig gemacht wird. Dann darf auch nicht wegen des Geschlechts, der Religion, des Alters, einer Behinderung und der sexuellen Identität benachteiligt werden. Details bei Rust/Falke-*Richter*, AGG, § 19, Rn. 77 ff.

⁷⁴⁸ Dies schließt umgekehrt natürlich nicht aus, dass öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nicht auch hier vorkommen können, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 32.

⁷⁴⁹ Vgl. oben A.I.

⁷⁵⁰ BT-Drucks. 16/1780, 32.

⁷⁵¹ Von einem Widerspruch zu den Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG gehen aus: Rust/Falke-*Rödl*, AGG, § 19, Rn. 30, Schiek-*Schiek*, AGG, § 19, Rn. 17 f.

spricht ähnlich wie die Antirassismusrichtlinie von „Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, ergänzt den Wortlaut aber wie schon erwähnt um die Worte „ohne Ansehen der Person“. Daraus hat der deutsche Gesetzgeber geschlossen, dass die Antirassismusrichtlinie einen weiteren Anwendungsbereich hat, und dass auf dieser Grundlage die Ausdehnung des Diskriminierungsverbots in § 19 Abs. 2 AGG lediglich auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft begründbar bzw. gerechtfertigt sei⁷⁵².

Es wurde aber bereits festgestellt, dass mit den Worten „ohne Ansehen der Person“ keine weitergehende Einschränkung des Anwendungsbereichs bezweckt ist. Auf keinen Fall kann es Sinn und Zweck sein, dass innerhalb des AGG vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts lediglich im Falle von „Massengeschäften“ oder massenähnlichen Geschäften geschützt werden soll; das aber wäre die Konsequenz der fehlenden Erwähnung des „Geschlechts“ in § 19 Abs. 2 AGG. Um zur Einbeziehung auch des Merkmals Geschlecht in § 19 Abs. 2 AGG zu gelangen, muss § 19 Abs. 2 AGG deshalb richtlinienkonform (extensiv) ausgelegt werden⁷⁵³.

3. Vom Benachteiligungsverbot ausgenommene Rechtsverhältnisse

In Anknüpfung an die Erwägungsgründe der beiden Richtlinien⁷⁵⁴ bzw. den Wortlaut der Richtlinie 2004/113/EG, der das geschlechtsspezifische Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 1 ausdrücklich auf Güter und Dienstleistungen beschränkt, die „außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden“, legt § 19 Abs. 4 AGG fest, dass „die

⁷⁵² Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 40. So auch *Meinel/Hein/Herms*, AGG, § 19, Rn. 22.

⁷⁵³ Schiek-Schiek, Kommentar zum AGG, § 19, Rn. 18. Die vom Gesetzgeber angenommene weitergehende Zulässigkeit von Diskriminierungen wegen des Geschlechts wird auch in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben problematisch gesehen, vgl. *Raasch*, Stellungnahme auf Ausschussdrucksache 15(12)435-(8) des deutschen Juristinnenbundes Teil II, Protokoll Nr. 15/51. Das Gleiche gilt übrigens für das Merkmal „Behinderung“, dem in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine gesonderte Stellung zukommt. Dazu näher *Schiek*, Loeccumer Protokolle 40/03, S. 129 (146 f.).

⁷⁵⁴ Vgl. Erwägungsgrund 4 Richtlinie 2000/43/EG und Erwägungsgrund 3 Richtlinie 2004/113/EG, die den Schutz der „Privatsphäre und des Familienlebens“ bzw. des „Privat- und Familienlebens“ sowie der „in diesem Kontext getätigten Geschäfte“ betonen.

Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse⁷⁵⁵ finden. Damit soll ein unverhältnismäßiger Eingriff in den engsten Lebensbereich der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Person bzw. ihrer Persönlichkeitsrechte verhindert werden⁷⁵⁶. Die vorgesehene Bestimmung findet erst Recht auf die Merkmale Anwendung, die der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots erfasst hat, ohne dass eine entsprechende Umsetzungspflicht bestand⁷⁵⁷. Dasselbe gilt hinsichtlich des Ausnahmestands des Abs. 5 Satz 1, der die Geltung des Diskriminierungsverbots für „zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen⁷⁵⁸ begründet wird“, ausschließt⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Im Grunde hat die Vorschrift aber nicht mehr als eine klarstellende Funktion, da erb- und familienrechtliche Schuldverhältnisse weder Massengeschäfte noch Rechtsgeschäfte sind, die „den Zugang zu oder die Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“ darstellen.

⁷⁵⁶ Vgl. schon *Bezenberger*, AcP 1996, 395 (416), der betont, dass im privaten Umfeld Ungleichbehandlungen eine notwendige Voraussetzung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit sind; dies bedeutet allerdings nicht, dass nach § 19 Abs. 4 AGG diskriminierende Verträge stets zulässig wären. Zwar wird die Möglichkeit des Erblassers, im Rahmen seiner Testierfreiheit auch willkürliche Verfügungen zu treffen, grundsätzlich durch die Vorschriften über den Pflichtteil sozialverträglich ausgestaltet; zu berücksichtigen ist allerdings, dass diskriminierende letztwillige Verfügungen in schwerwiegenden Ausnahmefällen nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein können (vgl. bspw. BGHZ 111, 36 (39 f.), BGHZ 140, 118 (132); dieser Grundsatz bleibt auch von § 19 Abs. 4 AGG unberührt, da das AGG das bisher bestehende Schutzniveau nicht absenken kann (vgl. Art. 6 Abs. 2 RL 2000/43/EG). Speziell zu den erbrechtlichen Diskriminierungsfällen *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, S. 825 ff. Vgl. aber *Neuner*, JZ 2003, 57 (63, 66), der vehement gefordert hatte, das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot auch auf das Erbrecht zu erstrecken.

⁷⁵⁷ Vgl. auch BT-Drucks. 16/1780, 42. Praktische Bedeutung erlangt der Ausschlussstatbestand allerdings insbesondere im Hinblick auf Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, die nicht nur im Rahmen von Massengeschäften (wo ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis nur selten bestehen wird) verboten sind (vgl. § 19 Abs. 2 AGG). Bezüglich der Privatversicherung ist die Vorschrift von äußerst marginaler Bedeutung, vgl. *Rudolf/Mahlmann-Armbrüster*, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 83.

⁷⁵⁸ Der Begriff der Angehörigen bestimmt sich im Wesentlichen nach § 537 Abs. 2 Nr. 2 BGB, in dessen Rahmen es um die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses wegen Eigenbedarfs geht. Dementsprechend fallen jedenfalls Eltern, Kinder, Ehe- und Lebenspartner sowie Geschwister darunter, daneben wohl auch Großeltern, Enkelkinder und Schwiegereltern, vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 43. Gefordert wird dabei ein restriktives Verständnis der Vorschrift, da ansonsten die Grenzen des in den Richtlinien angesprochenen Familienlebens überschritten werden, so *Gaier/Wendtland-Gaier*, AGG, § 2, Rn. 47.

⁷⁵⁹ Vgl. auch *Gaier-Wendtland-Gaier*, AGG, § 2, Rn. 45.

Die Unbestimmtheit des neuen Rechtsbegriffs des „Näheverhältnisses“ verlangt eine Orientierung insbesondere an den erwähnten Erwägungsgründen drei bzw. vier der Richtlinien 2000/43/EG bzw. 2004/113/EG, die gerade auf den Schutz der „Privatsphäre und des Familienlebens und der in ihrem Kontext getätigten Geschäfte“ abstellen⁷⁶⁰. Gefordert wird daher ein die Privatsphäre einschließlich des Familienlebens des Benachteiligten berührender Kontakt. Beispielhaft zu nennen sind hier insbesondere Dienstverträge über Pflegeleistungen für kranke, behinderte oder alte Menschen⁷⁶¹. Einen anderen Beispielsfall nennt das AGG selbst: In Bezug auf Mietverhältnisse kann nach § 19 Abs. 5 Satz 2 ein derartiges Verhältnis *insbesondere* (die Vorschrift ist also nicht abschließend) dann vorliegen, „wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen“. Das genannte Regelbeispiel, das einen Ausschlussstatbestand und nicht etwa einen Rechtfertigungsgrund darstellt⁷⁶², enthält aber lediglich eine widerlegbare Vermutung und begründet daher nicht stets die Freistellung vom Diskriminierungsverbot⁷⁶³. Insbesondere muss auch hier das Vorliegen eines besonderen Näheverhältnisses geprüft werden⁷⁶⁴.

Neben dem „Näheverhältnis“ erwähnt § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG als Privilegierungstatbestand außerdem das „Vertrauensverhältnis“. Fraglich ist, wie dieser Begriff, der den Erwägungsgründen der beiden in Frage stehenden Richtlinien nicht entnommen werden kann, zu deuten ist. Will der deutsche Gesetzgeber damit Geschäfte privilegieren, die für den potentiell Benachteiligten von besonderer Bedeutung sind und daher ein besonderes Vertrauen voraussetzen, entfernt er sich eindeutig von den Richtlinienvorgaben; ergibt sich das spezifische Vertrauenserfordernis hingegen bereits

⁷⁶⁰ Graf von Westphalen, ZGS 2002, 283 (288). Auf der Grundlage dieser Erwägungsgründe ist anzunehmen, dass die Vorschrift hinsichtlich der Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht zumindest im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des „Näheverhältnisses“ europarechtskonform ist, vgl. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 84. A.A. – unter Hinweis auf das Fehlen einer entsprechenden Ausnahme im Richtlinien text selbst – Tießler-Marenda, ZAR 2005, 100 (104), Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 26.

⁷⁶¹ Gaier/Wendtland-Gaier, AGG, § 2, Rn. 48.

⁷⁶² So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 42. Dementsprechend sind die in Frage stehenden Schuldverhältnisse bereits vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

⁷⁶³ Schiek-Schiek, AGG, § 19, Rn. 25. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 52.

⁷⁶⁴ Gaier/Wendtland-Gaier, AGG, § 2, Rn. 48.

aus der Nähe der Parteien, greift das Diskriminierungsverbot schon wegen des vorhandenen Näheverhältnisses nicht ein und es fehlt an einem eigenständigen Anwendungsbereich. Da Nähe regelmäßig Vertrauen voraussetzt und umgekehrt, ist es daher zum Normverständnis kaum ergiebig, zwischen dem Näheverhältnis auf der einen und dem Vertrauensverhältnis auf der anderen Seite zu unterscheiden⁷⁶⁵. Daher ist im Sinne einer richtlinienkonformen (restriktiven) davon auszugehen, dass dem „Vertrauensverhältnis“ neben dem „Näheverhältnis“ keine eigenständige Bedeutung zukommen soll⁷⁶⁶.

III. Italien

Der italienische Gesetzgeber hat die in den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG enthaltenen Vorgaben zum zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft bzw. des Geschlechts mittels des *decreto legislativo* Nr. 215/2003 (im Folgenden *decr. leg.* Nr. 215/2003) sowie mittels der Bestimmungen, die durch das *decreto legislativo* Nr. 196/2007 (im Folgenden *decr. leg.* Nr. 196/2007) Eingang in das dritte Buch des *Codice delle pari opportunità*⁷⁶⁷ gefunden haben⁷⁶⁸, in das nationale Recht einfließen lassen. Davon getrennt sind die beiden ausschließlich den Bereich Beschäftigung und Beruf umfassenden Richtlinien 2000/78/EG, die vor Diskriminierungen aufgrund von Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung schützt, sowie 2002/73/EG, deren Gegenstand der Schutz des Merkmals Geschlecht ist, umgesetzt worden. Auf letztere soll vorliegend nur dort eingegangen werden, wo es des Zusammenhangs mit den

⁷⁶⁵ Meinel/Hein/Herms, AGG, § 19, Rn. 31.

⁷⁶⁶ Rust/Falke-Bittner/Eggert, AGG, § 19, Rn. 137, Gaier/Wendtland-Gaier, AGG, § 2, Rn. 50 f.

⁷⁶⁷ Der *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246* ist mit *decreto legislativo* Nr. 198 vom 11. April 2006 in Kraft getreten, GU 125/2006, suppl. ord. 133. Die ersten Beiträge zum *Codice delle pari opportunità* sind äußerst kritisch, vgl. bspw. Amato/Barbera/Calafà, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 227 ff., Guaglianone, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 281 ff., Garofalo, RGL 2007, 719 ff., Silvestri, Riv. trim. dir. proc. civ. 2007, 853 (853 f.).

⁷⁶⁸ Kriterien zur Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG sind im Anhang B der *legge comunitaria* 2005 (*legge* 29/2006), GU 32/2006 enthalten.

Umsetzungsbestimmungen im allgemeinen Zivilrechtsverkehr wegen von Nutzen erscheint.

1. Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft

Das dem Diskriminierungsverbot aufgrund von Rasse⁷⁶⁹ und ethnischer Herkunft gewidmete *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthält in Art. 3 Regelungen zum Anwendungsbereich und übernimmt dabei fast wortlaugetreu die in Art. 3 der Antirassismusrichtlinie enthaltenen Vorgaben: So legt die nationale Umsetzungsbestimmung in Abs. 1 fest, dass das Prinzip der Gleichbehandlung „ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft auf alle Personen im öffentlichen und privaten Bereich“ Anwendung findet; daran anschließend folgt wie in der Richtlinie 2000/43/EG eine kasuistische Aufzählung der einzelnen Bereiche, in denen das Diskriminierungsverbot wirken soll. Dabei entsprechen die Buchstaben a) bis d) den in Art. 3 Buchstaben a) bis d) enthaltenen Vorgaben der Antirassismusrichtlinie, die den Bereich Beschäftigung und Beruf abstecken. Im Anschluss daran legt Art. 3 *decr. leg.* Nr. 215/2003 den zivilrechtlichen Anwendungsbereich fest: den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit (Buchst. e), die Gesundheitsdienste (Buchst. f), die anders als in der Richtlinie sowie im AGG nicht als vom Sozialschutz erfasst angesehen, sondern davon unabhängig genannt werden, die sozialen Vergünstigungen (Buchst. g), die Bildung (Buchst. h) sowie den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, einschließlich von Wohnraum (Buchst. i).

Dabei fehlt es im Rahmen des nationalen Regelwerks – wie im übrigen schon in der italienischen Fassung der Richtlinie 2000/43/EG – an einer Bezugnahme auf Güter und Dienstleistungen, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Auch entbehrt die nationale Umsetzung eines Hinweises darauf, dass – so Erwägungsgrund 4 der Antirassismusrichtlinie – „im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens und

⁷⁶⁹ Auch in der italienischen Literatur äußert man sich kritisch zum Begriff Rasse, vgl. statt aller *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cognini*, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, 2005, S. 247, Fn. 1.

der in diesem Zusammenhang getätigten Geschäfte gewahrt bleibt“: Im Gegensatz zum AGG wird im *decr. leg.* Nr. 215/2003 die Nichtanwendung des Diskriminierungsverbots auf das Erb- und Familienrecht gar nicht erwähnt.

Fraglich ist, welche Konsequenzen diese Tatsachen nach sich ziehen. Die schon in der Richtlinie fehlende Erwähnung von (Gütern und Dienstleistungen, die) „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, wird unter Bezugnahme auf die anderen Sprachfassungen überwiegend als ein Übersetzungsfehler gewertet⁷⁷⁰, der vom italienischen Gesetzgeber im Rahmen der nationalen Umsetzungsbestimmungen „blind“ übernommen worden ist. Dass dieses „Redaktionsversehen“ ohne Auswirkungen bleiben muss, wird auch durch den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/43/EG bestätigt, der (auch in der italienischen Sprachfassung) Privatsphäre und Familienleben und die in diesem Kontext getätigten Geschäfte ausdrücklich von einem Diskriminierungsverbot ausnimmt. Bestätigt wird diese Auffassung auch unter Heranziehung der zweiten, zivilrechtliche Sachverhalte erfassenden Richtlinie 2004/113/EG, die vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts schützen will und in Art. 3 Abs. 1 auch in der italienischen Fassung die einschränkenden Worte „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, enthält⁷⁷¹.

Auf Grundlage dieser Überlegungen ist daher auch im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich nur solche Güter und Dienstleistungen umfasst, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Denn nur in diesen Fällen erhält das Diskriminierungsverbot seine volle Rechtfertigung: Wer sich an einen unbegrenzten Personenkreis wendet und die Vorteile des Marktes nutzt, um Waren anzubieten, soll beim Vertragsschluss auch nicht einen Teil dadurch ausgrenzen können, dass er nach Rasse oder ethnischer Herkunft unterscheidet; wer hingegen nicht über die eigentliche Privatsphäre hinausgeht, weil er sich nur an einen begrenzten, ihm bekannten Personenkreis wenden will, dem soll auch nicht das Diktat einer diskriminierungsfreien Behandlung auferlegt werden können.

Auch das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung hinsichtlich der Nichtanwendung der in Frage stehenden Vorschriften im Bereich des Familienlebens, kann

⁷⁷⁰ *Somma*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 1097 (1130, Fn. 143), *Maffei*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 401 (409, Fn. 33), *ders.*, Dir. eccl. 2006, 55 (66, Fn. 28).

⁷⁷¹ Diese Beschränkung wird in Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2004/113/EG noch einmal ausdrücklich wiederholt.

keine Konsequenzen nach sich ziehen: Da es in diesen Bereichen nicht um Geschäfte geht, die den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags betreffen, kommt ihr ohnehin nur Klarstellungsfunktion zu⁷⁷².

Andernfalls würden sich außerdem erhebliche Koordinationsschwierigkeiten mit dem bereits in Teil drei erwähnten *T.U. Immigrazione* ergeben, der den Schutz vor Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, Staatsangehörigkeit und Religion⁷⁷³ zum Gegenstand hat und sich ausdrücklich auf den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, beschränkt (Art. 43 Abs. 1 Buchst. b) *T.U. Immigrazione*).

Ohnehin bestehen mit diesem Regelwerk aus dem Jahre 1998, dessen Anwendungsbereich sich mit dem des *decr. leg.* Nr. 215/2003 auch außerhalb des soeben erwähnten „Güter- und Dienstleistungsbereichs“ sowie des arbeitsrechtlichen Bereichs⁷⁷⁴ nicht unwesentlich überschneidet⁷⁷⁵, erhebliche Koordinationsprobleme⁷⁷⁶. Diesbezüglich hatte die als „Filter“⁷⁷⁷ zwischen gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Ebene wirkende *legge* Nr. 39/2002 (sog. *Legge comunitaria* 2001), die in einer eigens dafür vorgesehenen Bestimmung (Art. 29) umfangreiche Kriterien für die Umsetzung der Antirassismusrichtlinie festlegt⁷⁷⁸, noch gefordert, „die zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft bereits geltenden Vorschriften, einschließlich derjenigen des Art. 43 und 44 *T.U. Immigrazione*, soweit

⁷⁷² Vgl. bereits Fn. 755.

⁷⁷³ Kritisch zur Trennung von Rasse bzw. Ethnie und Religion und dem damit verbundenen unterschiedlichen Schutzzumfang auf europäischer Ebene *Margiotto Broglio*, QDPE, 269 (276 ff.), *Aimo*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 55.

⁷⁷⁴ Besonders deutlich werden die Gemeinsamkeiten im Anwendungsbereich in Bezug auf den Zugang zur Arbeit und den Arbeitsbedingungen, vgl. einerseits Art. 43 *T.U. Immigrazione*, andererseits Art. 3 Buchst. a) bis d) *decr. leg.* Nr. 215/2003.

⁷⁷⁵ So enthalten beispielsweise beide Regelwerke Diskriminierungsverbote im Bereich der öffentlichen Leistungen: Art. 43 Buchst. a) *T.U. Immigrazione* sanktioniert diskriminierende Handlungen des öffentlich Bediensteten; Art. 3 Buchst. e) bis h) *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthalten Diskriminierungsverbote in den bereits genannten Bereichen des Sozialschutzes, einschließlich der sozialen Sicherheit, der Gesundheitsdienste, der sozialen Vergünstigungen sowie der Bildung.

⁷⁷⁶ *Gottardi*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 7 ff. Ausführlich zu diesen Unstimmigkeiten *Chieco*, RGL 2006, 559 (559 ff.).

⁷⁷⁷ *Calafà*, *Studium iuris* 2004, 873 (874).

⁷⁷⁸ Dagegen ist der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG im Rahmen der *legge* Nr. 39/2002 lediglich ein Platz im „Anhang B“ gewidmet, kritisch dazu *Calafà*, *Studium iuris* 2004, 873 (874).

notwendig auch durch ihre Änderung oder Ergänzung mit den nachfolgenden Prinzipien und Leitlinien zu *koordinieren*⁷⁷⁹.

Der italienische Gesetzgeber ist dieser Vorgabe aber nicht nachgekommen, denn er hat die bereits bestehenden Regelungen durch neue ergänzt, ohne dabei auf eine Vereinheitlichung zu achten⁷⁸⁰. Dies betrifft allem voran die fehlende Verbindung bzw. Koordinierung mit der Regelung des Art. 43 *T.U. Immigrazione*: Im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 wird zwar ausdrücklich festgelegt, dass Art. 43 *T.U. Immigrazione* aufrechterhalten werden soll; gleichzeitig aber will der italienische Gesetzgeber den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie entsprechend (vgl. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG) den Anwendungsbereich des *decr. leg.* Nr. 215/2003 „nicht von den Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit“ betroffen sehen (Art. 3 Nr. 2 *decr. leg.* Nr. 215/2003). Diese wird damit zwar nicht im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 geschützt⁷⁸¹, wohl aber auf der Grundlage von Art. 43 *T.U. Immigrazione*. Wird einem Ausländer der Zugang zu Leistungen nur aufgrund seiner fehlenden italienischen Staatsangehörigkeit verwehrt, muss er sich daher wenigstens auf die Schutzbestimmungen des *T.U. Immigrazione* berufen können⁷⁸². Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass der italienische Gesetzgeber mit Erlass des *decr. leg.* Nr. 215/2003 eine Verschlechterung des bereits bestehenden Schutzes beabsichtigt hat; dies wäre auch mit Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG unvereinbar, denn dieser legt fest, dass „die Umsetzung dieser Richtlinie keinesfalls als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen benutzt werden“ darf⁷⁸³. Daher wird in der Literatur ganz allgemein gefordert, dass im genannten Fall Art. 43 *T.U. Immigrazione* Anwendung finden muss⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ Näher zu den Koordinationsproblemen *Maffei*, Dir. eccl. 2006, 55 (67, Fn. 32) m.w.N.

⁷⁸⁰ *La Rocca*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 320, *dies.*, Eguaglianza e libertà contrattuale, S. 183 ff.

⁷⁸¹ Dazu kritisch *Gottardi*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 11.

⁷⁸² Vgl. *Morozzo della Rocca*, in Morozzo della Rocca/Cogniti, Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali, S. 251.

⁷⁸³ Vgl. auch *Acierno*, Dir. Imm. Citt. 2004, 43 (47).

⁷⁸⁴ *Morozzo della Rocca*, in Morozzo della Rocca/Cogniti, Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali, S. 251 f.

Die Problematik des Schutzes vor Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit ist aber nicht der einzige „wunde Punkt“ in Bezug auf die beiden sich im Anwendungsbereich überschneidenden *decreti legislativi*. Nicht genügend berücksichtigt wurde vom Gesetzgeber zudem, dass der *T.U. Immigrazione* bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen Ausländer auch vor Diskriminierungen aufgrund der Religion schützt (vgl. Art. 43 Nr. 2 Buchst. b) *T.U. Immigrazione*). Auf der Grundlage dieser Regelung hätte es sich deshalb angeboten, im Rahmen der nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG – die nur im Bereich Beschäftigung und Beruf vor Diskriminierungen aufgrund der Religion (einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung) schützt – hinsichtlich des Merkmals Religion eine Ausdehnung auf den „Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, vorzunehmen. Stattdessen hat sich der italienische Gesetzgeber im Rahmen der Bestimmungen der Richtlinie 2000/78/EG umsetzenden *decr. leg.* Nr. 216/2006 strikt an die europarechtlichen Vorgaben gehalten und sich auf einen Schutz vor religiösen Diskriminierungen im Rahmen des Arbeitsrechts beschränkt⁷⁸⁵.

Die Folge davon sind neue Ungleichbehandlungen: Denn nimmt man an, dass dort, wo die beiden nationalen Regelwerke miteinander in Konflikt geraten, diejenige Bestimmung Anwendung findet, die der *ratio* des angestrebten Schutzes eher entspricht⁷⁸⁶, werden beim Zugang zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen zwar Ausländer vor religiösen Diskriminierungen geschützt, nicht aber der italienische Bürger, denn er kann sich auf einen Schutz vor religiöser Diskriminierung lediglich im Bereich des Arbeitsrechts berufen (*decr. leg.* Nr. 216/2003). Es bleibt abzuwarten, ob die Hoffnung, diesen Inkongruenzen im Wege der Auslegung Abhilfe zu schaffen⁷⁸⁷, erfüllt werden kann; an Fällen aus der Rechtsprechung, die sich diesem Problem stellen mussten, fehlt es bisher.

Zu den in der *legge comunitaria* 2001 genannten bereits erwähnten „Leitlinien und Prinzipien“ zur Umsetzung der Antirassismusrichtlinie gehört – entsprechend den in

⁷⁸⁵ Kritisch *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 320 f.

⁷⁸⁶ *Gottardi*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 15. Vgl. auch *Chieco*, RGL 2006, 559 (567). Für eine Weitergeltung des *T.U. Immigrazione* jedenfalls dort, wo er über das *decr. leg.* Nr. 215/2003 hinausgeht, auch *Rizzo*, RCDL 2000, 221 (223).

⁷⁸⁷ So hoffnungsvoll *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 321.

Art. 3 Antirassismusrichtlinie enthaltenen Vorgaben – nach Art. 29 Abs. 1 Buchst. d) u.a. die Anwendung des Gleichheitsprinzips „beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, einschließlich von Wohnraum“ (Nr. 9). Die im *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthaltenen Bestimmungen beschränken sich hingegen auf den „Zugang zu Gütern und Dienstleistungen“, lassen die „Versorgung“ aber unerwähnt. Aus der knappen, dem Wortlaut des *decr. leg.* Nr. 215/2003 nur wenig hinzufügenden *Relazione illustrativa*⁷⁸⁸ werden keinerlei Gründe ersichtlich, warum der Satzteil „*e la loro fornitura*“ („und der Versorgung mit“) gestrichen worden ist; in der Literatur wiederum wird das Problem überhaupt nicht angesprochen. Es ist hier wohl davon auszugehen, dass es sich um eine unbeabsichtigte Nichterwähnung handelt, die keinerlei Auswirkungen auf den Schutzzumfang haben kann.

Mit der mechanischen Art und Weise⁷⁸⁹ der Umsetzung der Inhalte der Antirassismusrichtlinie in das italienische Recht geht eine grundsätzliche inhaltliche Übereinstimmung gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mit den Bestimmungen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 einher. Wie dargelegt, fehlt es aber leider völlig an einer Verbindung bzw. Harmonisierung mit den bereits bestehenden nationalen Vorschriften, wie sie insbesondere (aber nicht nur⁷⁹⁰) in Art. 43 *T.U. Immigrazione* enthalten sind. Diese fehlende Koordinierung führt zu Unsicherheiten, die den Schutzzumfang des gesamten Regelwerks zum Diskriminierungsschutz in Frage stellen⁷⁹¹ und dem Rechtsanwender nicht unerhebliche Auslegungsschwierigkeiten bereiten⁷⁹². Gleichzeitig hat der italienische Gesetzgeber eine wichtige Gelegenheit verstreichen lassen, die bestehenden

⁷⁸⁸ *Schema di decreto legislativo recante il recepimento della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*, abrufbar unter www.camera.it.

⁷⁸⁹ Vgl. auch *Gottardi*, in *Barbera*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 15, die von einer „wörtlichen Umsetzung“ der Antirassismusrichtlinie in das *decr. leg.* Nr. 215/2003 spricht.

⁷⁹⁰ Vgl. außerdem die *legge* 68/1999 (*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*, GU 68/199, suppl. ord. 57) und die *legge* Nr. 67/2006 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*, GU 54/2006) zur Förderung Behinderter im Bereich Beschäftigung und Beruf bzw. zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung, näher dazu *Turco*, *Diritto e Giustizia* 2006, 103 ff.

⁷⁹¹ *Calafà*, *Studium iuris*, 2004, 873 (880).

⁷⁹² *Morozzo della Rocca*, in *Morozzo della Rocca/Cognini*, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, S. 251, *Calafà*, *Studium iuris*, 2004, 873 (874 f.).

Regelungen zum Diskriminierungsschutz auf kohärente Art und Weise neu zu ordnen und ihnen damit zu einer effektiveren Anwendungsmöglichkeit zu verhelfen.

2. Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts

Die Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG innerhalb des vor gut eineinhalb Jahren in Kraft getretenen *Codice delle pari opportunità* erfolgte aus „systematischen Gründen“, denn dieses Regelwerk enthält bereits zahlreiche Vorschriften zur Geschlechtergleichheit⁷⁹³.

Der *Codice delle pari opportunità* besteht aus insgesamt vier Büchern, die der Förderung der Chancengleichheit von Mann und Frau (Erstes Buch, Art. 1-22), der Chancengleichheit von Mann und Frau in sozialer (Zweites Buch, Art. 23-24) und wirtschaftlicher (Drittes Buch, Art. 25-55) Hinsicht sowie im bürgerlichen und politischen Bereich (Viertes Buch, Art. 56-58) gewidmet sind. Diese Einteilung folgt dem erklärten Ziel des *Codice delle pari opportunità* (im Folgenden *Cpo*), „jede auf das Geschlecht gegründete Unterscheidung, Ausschluss oder Beschränkung zu beseitigen, deren Folge oder Ziel es ist, die Anerkennung, den Genuss oder die Ausübung der Menschenrechte⁷⁹⁴ sowie der grundlegenden Freiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und bürgerlichen oder in jedem anderen Bereich zu beeinträchtigen oder zu verhindern“ (vgl. Art. 1 *Cpo*)⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Vgl. *Relazione illustrativa, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare*, XV, Nr. 132.

⁷⁹⁴ Ursprünglich sollte von „*diritti dell'uomo*“ und nicht von „*diritti umani*“ (so die jetzige Fassung) die Rede sein; die Formulierung „*diritti di uomini e donne*“ konnte sich im Ergebnis nicht durchsetzen; zur Diskussion *Amato, Barbera, Calafà*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 230 (Fn. 9).

⁷⁹⁵ Die Bestimmung hat in der Literatur viel Kritik hervorgerufen: zum einen, da jegliche Bezugnahme auf positive Maßnahmen fehlt, zum anderen, weil nach dem Wortlaut kein Diskriminierungsverbot an sich festgelegt wird, sondern lediglich eines akzessorischer Natur, vgl. bspw. *Barbera/Calafà*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 227 ff. und *Garofalo*, RGL 2007, 719 (723).

Die Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG sind erst Ende 2007⁷⁹⁶ unter Abschnitt zwei-*bis* an die bisherige Schlussvorschrift des die Chancengleichheit von Mann und Frau im wirtschaftlichen Bereich regelnden Dritten Buches angefügt worden; während Abschnitt eins Regelungen zur Chancengleichheit im Bereich Beschäftigung und Beruf enthält, sieht Abschnitt zwei schützende Vorschriften speziell im Bereich unternehmerischer Tätigkeiten vor; im Anschluss daran regelt Abschnitt zwei-*bis* nun die „Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“.

Der sachliche Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts wird im Rahmen des Dritten Buches durch einen Teil der Vorschriften der Art. 55-*ter Cpo* und Art. 55-*quater Cpo* geregelt, die mit dem Begriff „Diskriminierungsverbot“ bzw. „Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei Versicherungsverträgen und verwandten Finanzdienstleistungen“ überschrieben sind.

Art. 55-*ter* Abs. 1 *Cpo* bestimmt zunächst relativ allgemein, dass „beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen jede unmittelbare und mittelbare auf das Geschlecht gegründete Diskriminierung“ verboten ist; spezifiziert wird der Geltungsbereich anschließend in Abs. 2, der festlegt, dass das Verbot nach Abs. 1 auf alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen Anwendung findet, „die Güter und Dienstleistungen anbieten, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und die außerhalb des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden“. Damit weicht die Regelung nur insofern von Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG ab, als sie den Anwendungsbereich nicht sach-, sondern personenbezogen regelt, was allerdings inhaltlich unbedeutend ist. Daneben unterstreicht auch der italienische Gesetzgeber, dass mit diesen Bestimmungen nicht die Vertragsfreiheit der Parteien beeinträchtigt wird, die Ausdruck des verfassungsrechtlich garantierten Prinzips der „privatwirtschaftlichen Unternehmungsfreiheit“ (Art. 41 *Costituzione*) ist, solange die Wahl des Vertragspartners nicht vom Geschlecht abhängig gemacht wird⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ Mehrmals war bei Erlass des *Codice delle pari opportunità* im Jahre 2006 kritisiert worden, dass nicht bereits zu diesem Zeitpunkt auch die entsprechenden europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG Eingang in den *Codice* gefunden haben, vgl. statt aller *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 321 ff.

⁷⁹⁷ Vgl. *Relazione illustrativa (Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare)*, XV, Nr. 132.

In Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2004/113/EG werden schließlich durch Art. 55-ter Abs. 3 *Cpo* vom Anwendungsbereich zum einen der Bereich Beschäftigung und Beruf sowie selbständige Tätigkeiten ausgeschlossen, „soweit diese anderweitig geregelt werden“ (Buchst. a), zum anderen der Inhalt von Medien und Werbung (Buchst. b) sowie der Bereich der öffentlichen und privaten Bildung (Buchst. c). Auch hier lehnt sich die nationale Vorschrift äußerst eng an den Richtlinienwortlaut an und bedarf daher keiner näheren Erläuterung.

Im Gegensatz zum AGG, das zwar auf Versicherungsverträge, nicht aber auf verwandte Finanzdienstleistungen Bezug nimmt, folgt der *Cpo* in Art. 55-quater Abs. 1 ausdrücklich den in Art. 5 der Richtlinie 2004/113/EG enthaltenen Vorgaben und legt in Bezug auf alle nach dem Inkrafttreten des vorliegenden *decreto legislativo* abgeschlossenen Verträge fest, dass „die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen“ grundsätzlich nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt. Damit sind beispielsweise auch Versicherungsvermittlungen vom Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts betroffen.

B. Verbotswidrige Handlungen

I. Gemeinschaftsrechtliche Begriffsbestimmungen

Die in den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG enthaltenen (sich voneinander kaum unterscheidenden) Definitionen der verschiedenen Diskriminierungsformen finden sich nahezu wörtlich sowohl im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz als auch im Rahmen des *decreto legislativo* Nr. 215/2003 sowie des *Codice delle pari opportunità* wieder. Da rechtsvergleichende Betrachtungen deshalb hier entbehrlich sind, liegt das Hauptaugenmerk auf den in den Antidiskriminierungsrichtlinien enthaltenen Definitionen; im Anschluss an ihre inhaltliche Darstellung wird daher nur kurz auf eventuelle Unterschiede im jeweiligen nationalen Rechtssystem eingegangen.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien unterscheiden insgesamt fünf Formen von Diskriminierung, die zumindest teilweise die Rechtsprechung des EuGH fortentwickeln: Die unmittelbare Diskriminierung als älteste Diskriminierungsform sowie die insbeson-

dere durch Entwicklungen in den USA entstandene Form der mittelbaren Diskriminierung definieren nach dem Wortlaut der Richtlinien den „Grundsatz der Gleichbehandlung“⁷⁹⁸ (vgl. Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG und Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG); nach den Bestimmungen der Richtlinien „gelten als Diskriminierung“ – es handelt sich also um eine Gleichstellung und nicht um eine Identifizierung⁷⁹⁹ – die Belästigung und die sexuelle Belästigung sowie die Anweisung zur Diskriminierung.

1. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Die Form der unmittelbaren Diskriminierung wurde zum ersten Mal gesetzlich in der Antirassismusrichtlinie definiert⁸⁰⁰: Nach deren Art. 2 Abs. 2 liegt eine unmittelbare Diskriminierung dann vor, „wenn eine Person aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. In der Richtlinie 2004/113/EG (die „Rasse und ethnische Herkunft“ durch „Geschlecht“ ersetzt) wird diese Definition nahezu⁸⁰¹ wortlautgetreu beibehalten.

⁷⁹⁸ Das Nichtvorhandensein von Diskriminierung wird damit nicht als ein Instrument zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen; vielmehr werden fehlende Diskriminierung und Gleichbehandlung gleichgesetzt, vgl. bereits Teil 1, A.II (Fn. 107).

⁷⁹⁹ Vgl. auch *De Simone*, LD 2004, 527 (535).

⁸⁰⁰ Ohne definiert zu werden, hatte der Begriff zuvor bereits in der Richtlinie 76/207/EWG Verwendung gefunden.

⁸⁰¹ Vgl. Art. 2 Buchst. a) RL 2004/113/EG. Die deutschen Fassungen der Richtlinie 2004/113/EG, der Richtlinie 2000/78/EG (Art. 2 Abs. 2 a) sowie der Richtlinie 2002/73/EG (Art. 2 Abs. 2, 1. Spiegelstrich) enthalten – anders als die wiedergegebene deutsche Fassung der Antirassismusrichtlinie – ein zweites Mal das Wort „erfährt“: „wenn eine Person (...) in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. Zum Teil wurde aus der in der Antirassismusrichtlinie enthaltenen Definition geschlossen, dass eine Diskriminierung bereits dann vorliegt, wenn *möglicherweise* in der *Zukunft* Diskriminierungen auftreten, womit die hypothetische Betrachtung des (potentiellen) Diskriminierungsopfers (nicht etwa nur der Vergleichsperson) einhergehen würde, so *Stork*, ZEUS 2006, 1 (36). Dem kann allerdings deshalb nicht zugestimmt werden, da die anderen Sprachfassungen (wie auch die deutsche Version der anderen drei Antidiskriminierungsrichtlinien) eine Doppelung des in Frage stehenden Wortes enthalten. So legt beispielsweise die italienische Fassung der Antirassismurichtlinie fest, dass eine unmittelbare Diskriminierung dann vorliegt, wenn „*a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*“. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/1780, S. 32) ist hier irreführend („konkrete Gefahr ausreichend“);

Nach dieser Legaldefinition ist die objektive Ausgangslage die in einer vergleichbaren Situation weniger günstige Behandlung. Der Kausalzusammenhang zwischen Merkmal und Benachteiligung muss derart beschaffen sein, dass das Merkmal Ursache für das Tätigwerden und das Tätigwerden Ursache für die Benachteiligung ist⁸⁰². Insgesamt lehnt sich die Definition an das dem englischen Recht entstammende Vergleichspersonenkonzept an. Neu ist jedoch die Öffnung für eine sog. hypothetische Vergleichsperson (vgl. den Wortlaut „erfahren würde“)⁸⁰³, die dem bisher bestehenden Problem abhilft, dass im Falle des Nichtvorhandenseins einer konkreten – aktuell vorhandenen oder „früheren“ – Vergleichsperson eine Diskriminierung grundsätzlich verneint werden musste⁸⁰⁴.

Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung war eine Legaldefinition der ihren Ursprung in der US-amerikanischen Rechtsprechung findenden⁸⁰⁵ mittelbaren Diskriminierung bereits in Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 97/80/EG⁸⁰⁶ (und zuvor schon in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1612/68/EWG⁸⁰⁷) enthalten. Der EuGH wiederum hatte vom Konzept der mittelbaren Diskriminierung bisher im Falle der nationalen sowie der Geschlechterdiskriminierung Gebrauch gemacht⁸⁰⁸. Auf dieser Rechtsprechung baut nunmehr auch die in den neuen Antidiskriminierungsrichtlinien enthaltene Definition

sie bezieht sich fälschlicherweise auf Ausführungen zum Unterlassungsanspruch, die aus BT-Drucks. 15/4538, S. 30 übernommen worden sind. Vgl. auch *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, S. 24 f.

⁸⁰² Notwendig ist damit ein „doppelter“ Kausalzusammenhang, vgl. *Husmann*, ZESAR 2005, 107 (169).

⁸⁰³ Näher dazu Schiek-Schiek, AGG, § 3, Rn. 3, *Chieco*, RIDL 2002, 75 (80).

⁸⁰⁴ Ausführlich *Fredman*, Discrimination Law, S. 99 ff.

⁸⁰⁵ Gerade hinsichtlich der mittelbaren Diskriminierung wird von einem *legal transplant* aus dem anglo-amerikanischen Recht in das kontinentaleuropäische Recht gesprochen, vgl. näher *Schiek*, in *Schiek/Waddington/Bell-Schiek*, Non-Discrimination Law, S. 323 ff.

⁸⁰⁶ Richtlinie des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, ABl. 1997 L 14/6. Hiernach lag eine mittelbare Diskriminierung dann vor, wenn „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt“.

⁸⁰⁷ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257/2.

⁸⁰⁸ Vgl. zur Geschlechterdiskriminierung EuGH, Rs. C-170/84 (*Bilka*), Slg. 1986, I-1607, zur nationalen Diskriminierung EuGH Rs. C-152/73 (*Sotgiu*), Slg. 1974, I-153.

auf⁸⁰⁹, die diejenige der Richtlinie 97/80/EG ersetzt⁸¹⁰; demnach liegt eine mittelbare Diskriminierung immer dann vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe (bzw. einem Geschlecht) angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ (Art. 2 Abs. 2 Buchst. b) Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 2 Buchst. b Richtlinie 2004/113/EG).

Der Frage, ob im konkreten Fall eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, ist (nach wie vor) anhand einer zweistufigen Prüfung nachzugehen⁸¹¹: Nach der Feststellung, dass trotz formeller Gleichbehandlung eine nachteilige Wirkung bezüglich bestimmter Merkmalsträger vorliegt, ist zu prüfen, ob diese nachteilige Wirkung nicht doch objektiv gerechtfertigt ist⁸¹². Voraussetzung ist daher nicht die Anknüpfung an einen Diskriminierungsgrund, sondern es reicht aus, dass die Differenzierung eine überwiegend nachteilige Wirkung auf die Personen hat, deren Schutz vor Diskriminierung aufgrund eines bestimmten Merkmals bezweckt ist.

Im Gegensatz zu der noch in der Richtlinie 97/80/EG enthaltenen Definition⁸¹³ ist hinsichtlich der benachteiligenden Wirkung kein quantitatives Element mehr notwendig, sondern nur, dass bestimmte Personen „in besonderer Weise benachteiligt“ sind. Da es auf eine bestimmte Größe der „Lücke“ zwischen Betroffenen und Nicht-Betroffenen bzw. darauf, dass der Nachteil von einem Großteil der Gruppe geteilt wird,

⁸⁰⁹ Vgl. KOM 1999, 565 endg., 9.

⁸¹⁰ Letztere bleibt zwar bis zum Außerkrafttreten der Richtlinie zum 15. August 2009 (vgl. Art. 34 Richtlinie 2006/54/EG) formal neben der neuen Definition bestehen; da letztere jedoch weitergehender ist, wird dies ohne praktische Auswirkungen bleiben, vgl. näher Schiek-Schiek, AGG, § 3, Rn. 24.

⁸¹¹ Dazu Schiek, NZA 2004, 873 (874).

⁸¹² Dazu unter C. Die deutsche Fassung der Richtlinien spricht von „sachlich“ gerechtfertigt; in den anderen Sprachfassungen (vgl. bspw. die italienische Fassung: „*oggettivamente giustificati*“) wie auch in der Rechtsprechung des EuGH und der Richtlinie 97/80/EWG heißt es hingegen „objektiv“ gerechtfertigt.

⁸¹³ Vgl. Fn. 806.

also nicht mehr ankommt⁸¹⁴, ermöglicht die Überwindung der Erforderlichkeit einer *verhältnismäßig größeren* Benachteiligung auch die Entbehrlichkeit von Statistiken⁸¹⁵.

Das nur schwer zwischen individueller und gruppenbezogener Gleichheit⁸¹⁶ einzuordnende Konzept der mittelbaren Diskriminierung geht damit gegen scheinbar neutrale, faktisch aber benachteiligende Praktiken an. Es zielt auf eine Verwirklichung der materiellen Gleichheit bzw. auf die Überwindung von Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit ab und geht damit über das bereits beschriebene Konzept der „Gleichheit als Konsistenz“ hinaus⁸¹⁷.

2. (Sexuelle) Belästigung und Anweisungsdiskriminierung

Neben diesen beiden, den „Gleichbehandlungsgrundsatz“ definierenden Formen von Diskriminierung nennen sämtliche Richtlinien der „neuen Generation“ zudem die einfache Belästigung⁸¹⁸, die Richtlinien zum Schutz des Geschlechts daneben auch die sexuelle Belästigung. Beide Formen, deren Definitionen vor allem aufgrund der zahlreichen subjektiven Tatbestandsmerkmale Kritik erfahren haben⁸¹⁹, werden nunmehr *als* Diskriminierung erfasst⁸²⁰: „Unerwünschte Verhaltensweisen, die im

⁸¹⁴ Eine „virtuelle“ Ungleichbehandlung reicht daher aus, vgl. *Guild*, ILJ 2000, 417 (420), *Barnard/Hepple*, CLJ 2000, 562 (568), *Chieco*, RIDL 2002, 75 (90), *Calafà*, Studium iuris 2004, 873 (879).

⁸¹⁵ Für die Entbehrlichkeit von Statistiken bereits EuGH, Rs. C-237/94 (O’Flynn), Slg. 1994, I-2617; anders allerdings im Falle der Geschlechterdiskriminierung EuGH, Rs. C-189/91 (Kirsammer-Hack), Slg. 1993, I-6185, EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith&Perez), Slg. 1999, I-623, wo das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Fehlens adäquater Statistiken verneint worden ist. Die Entbehrlichkeit (nicht aber die Unzulässigkeit!) von Statistiken ergibt sich auch aus Erw.grund fünfzehn der Antirassismusrichtlinie.

⁸¹⁶ Dazu näher Teil 1, A. Da das Verbot der mittelbaren Diskriminierung individuelle Ungleichheiten korrigieren will, die auf gruppenbezogenen Nachteilen beruhen, wird es auch häufig als „Hybrid“ bezeichnet, vgl. Schiek-Schiek, AGG, § 3, Rn. 22.

⁸¹⁷ Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wird dem substantiellen Gleichheitsmodell zugeschrieben, vgl. *Ballestrero*, LD 2004, 501 (517).

⁸¹⁸ Zur Abgrenzung vom *Mobbing* vgl. Rust/Falke-Eggert-Weyand, AGG, § 3, Rn. 64 ff.

⁸¹⁹ „Gefahr der Rechtsunsicherheit“, so Rust/Falke-Eggert-Weyand, AGG, § 3, Rn. 39, 68.

⁸²⁰ Zu der Frage, ob die Belästigung als unmittelbare oder als mittelbare Diskriminierung gilt, vgl. Rust/Falke-Eggert-Weyand, AGG, § 3, Rn. 43, *Husmann*, ZESAR, 2005, 107 (113), *Lazzeroni*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 402 f.

Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft einer Person stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird, sind Belästigungen, die als Diskriminierung im Sinne von Abs. 1 gelten“, so lautet Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2000/43/EG. Im Gegensatz zur Richtlinie 2004/113/EG, deren Definition der Belästigung nur marginal und ohne inhaltliche Konsequenzen von der soeben genannten abweicht (vgl. Art. 2 Abs. 3 Satz 1), räumt die Antirassismusrichtlinie den Mitgliedstaaten außerdem die Option ein, den Begriff Belästigung „im Einklang mit ihren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu definieren“ (Art. 2 Abs. 3 Satz 2).

Das Belästigungsverbot hat seinen Ursprung in den von der US-amerikanischen Rechtsprechung im Rahmen des Arbeitsrechts entwickelten Instituten des sog. *quid pro quo harassment* und des *hostile environment harassment*: Dabei geht es zum einen um das Versprechen von Vorteilen für den Fall, dass das Belästigungsopfer eine vom Belästigenden verlangte sexuelle Handlung vornimmt oder duldet, und zum anderen darum, dass der Arbeitgeber eine Arbeitsatmosphäre schafft oder duldet, in der diskriminierende (sexuelle) Belästigungen toleriert oder sogar gefördert werden⁸²¹. Für den Teil der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, in denen die Belästigung bisher in schwerwiegenden Fällen als Straftatbestand geahndet und in weniger schwerwiegenden Fällen als Persönlichkeitsrechtsverletzung erfasst wurde, bedeutet ihre Einordnung als Diskriminierung einen Systemwechsel⁸²². Voraussetzung sind nunmehr zum einen unerwünschte Verhaltensweisen⁸²³ – worunter in erster Linie verbale, aber auch schriftliche Äußerungen, Abbildungen, Gestik oder Mimik, d.h. „jegliche

⁸²¹ Vgl. *McColgan*, in Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, S. 478 mit Beispielsfällen.

⁸²² Ausführlich *McColgan*, in Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, S. 477 ff.

⁸²³ Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für den relativ umfassenden Begriff des „unerwünschten Verhaltens“ – und damit gegen eine Typisierung der Verhaltensweisen bzw. eine Aufzählung von Regelbeispielen – wird der Weg hin zu einem subjektiven Maßstab beschritten, der die Wahrnehmung der belästigten Person als Ausgangspunkt nimmt. Verobjektiviert wird der Begriff nur durch das Erfordernis des Vorliegens einer Würdeverletzung und eines feindlichen Umfelds, näher *Lazzeroni*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 383 f., Schiek-Schiek, AGG, § 3, Rn. 72.

bewusste Lebensäußerung“⁸²⁴ fallen, die eine Würdeverletzung beinhalten, zum anderen ein durch „Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen“ geschaffenes feindliches Umfeld (im räumlichen oder sozialen Sinne)⁸²⁵. Dabei genügt es, dass diese Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen, das Ergebnis eines nicht schuldhaften Verhaltens sind (vgl. das Verb „bewirken“); ist die Schaffung eines feindlichen Umfelds hingegen „bezweckt“, liegt eine Belästigung selbst dann vor, wenn der „Belästigungserfolg“ nicht eintritt⁸²⁶. Da im Rahmen des Tatbestands allein auf die Verletzungshandlung abgestellt wird, ist ein Vergleich mit anderen Personen im Rahmen der Belästigung entbehrlich⁸²⁷.

Im Gegensatz dazu verlangt die für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (Art. 2 Buchst. d) Richtlinie 2004/113/EG)⁸²⁸ wortlautgleich definierte *sexuelle* Belästigung – auch sie gilt als „Diskriminierung“ (Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 2004/113/EG) – lediglich eine Würdeverletzung: Sie umfasst „jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußert und bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“. Die Würdeverletzung wird demnach *unter anderem* (dies folgt aus dem Wort „insbesondere“) durch die Schaffung eines feindlichen Umfelds indiziert, muss also nicht kumulativ zu diesem vorliegen⁸²⁹.

⁸²⁴ Rebhahn-Posch, GIBG, §§ 6-7, Rn. 22.

⁸²⁵ Zur Kritik an dieser Definition Acierno, Dir. Imm. Citt. 2004, 43 (52).

⁸²⁶ Lazzeroni, in Barbera Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 391, Rust/Falke-Eggert-Weyand, AGG, § 3, Rn. 57 ff.

⁸²⁷ Barbera, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. XXXIV. Dies war in Bezug auf die sexuelle Diskriminierung seit geraumer Zeit bereits angedeutet worden, vgl. Empfehlung 92/131/EWG der Kommission vom 27. November 1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, ABl. 1992 L 49; dort waren die Würdeverletzung und das feindliche Umfeld zudem noch durch die Konjunktion „oder“ anstatt „und“ verbunden.

⁸²⁸ Vgl. für den Bereich Beschäftigung und Beruf auch Art. 2 Abs. 2, 4. Spiegelstrich Richtlinie 2002/73/EG. Zwar wird die (sexuelle) Belästigung besonders häufig im Arbeitsverhältnis vorkommen; sie ist jedoch auch in Bars, Hotels und Gaststätten und vertraglichen Beziehungen zwischen Unternehmen nicht selten, vgl. die Beispiele bei Schiek-Schiek, AGG, § 3, Rn. 75.

⁸²⁹ Zum Ganzen näher Barbera, GDLRI 2003, 399 (412), Guaglianone, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 266.

Ebenso wie die (sexuelle) Belästigung gilt auch die in Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 4 Abs. 4 Richtlinie 2004/113/EG enthaltene Anweisungsdiskriminierung als Diskriminierung. Im ursprünglichen Entwurf der Antirassismusrichtlinie war sie nicht enthalten. Sie wurde erst aufgrund des Änderungsantrags des Europäischen Parlaments aufgenommen: Demnach sollen insbesondere Situationen erfasst werden, in denen z.B. „ein Vorgesetzter seine Untergebenen ermutigt, bei Einstellungen zu diskriminieren oder ein Hausbesitzer einen Makler anweist, sein Haus nicht an Farbige zu vermieten“⁸³⁰. Dass sich der Anweisende der Verbotswidrigkeit seiner Handlung bewusst ist oder dass der Angewiesene die Anweisung tatsächlich ausführt, ist für das Vorliegen einer Anweisungsdiskriminierung nicht Voraussetzung⁸³¹.

3. Multiple Diskriminierung

Die sog. multiple Diskriminierung oder Mehrfachdiskriminierung soll der Tatsache Rechnung tragen, dass bestimmte Personengruppen typischerweise der Gefahr einer Diskriminierung aus mehreren Gründen ausgesetzt sind und sich Diskriminierungen häufig erst bei Vorliegen von zwei oder mehreren Merkmalen ergeben.

In den USA, wo das Phänomen der multiplen Diskriminierung zuerst aufgezeigt worden ist⁸³², hat man genau diese Tatsache im Bereich mittelbarer wie auch unmittelbarer Diskriminierungen nicht selten verkannt: So wurde beispielsweise das Vorliegen einer Diskriminierung schwarzer Frauen im Rahmen der von einem Unternehmen betriebenen Beförderungspolitik deshalb verneint, weil sowohl Schwarze als auch Weiße, wie auch Frauen und Männer gleich hohe Beförderungschancen hatten. Nicht eingegangen wurde hingegen auf die Gruppe „schwarze Frauen“, obwohl diese statistisch gesehen wesentlich weniger häufig befördert worden waren als die anderen Gruppen⁸³³. Unabdingbare Voraussetzung für die Feststellung einer nachteiligen

⁸³⁰ EP, Bericht Richard Howitt, Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, A5-136/2000 endg.

⁸³¹ Hinsichtlich der letztgenannten Annahme kritisch, im Ergebnis aber zustimmend *Chieco*, RIDL 2002, 75 (80 f.).

⁸³² *Fredman*, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2005, 13 (13).

⁸³³ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Schiek-Schiek, AGG, § 4, Rn. 7 f.

Wirkung aufgrund mehrerer Merkmale ist daher die *Erkennung* und *Anerkennung* sog. „intersektioneller Gruppenbildungen“ – wie sie beispielsweise ethnischen Minderheiten angehörende Frauen darstellen können. Solange Betroffene hingegen nur einer Gruppe zugeordnet werden, können multiple Diskriminierungen nicht erfasst werden⁸³⁴.

Darauf versucht das gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht zu reagieren – allerdings beschränkt auf die „Doppeldiskriminierung“ Rasse/ethnische Herkunft und Geschlecht: Ein entsprechender Ansatz findet sich im Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs (nur) in Erwägungsgrund 14 der Antirassismusrichtlinie⁸³⁵. Dort ist bestimmt, dass „bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ohne Ansehen der Rasse und der ethnischen Herkunft die Gemeinschaft im Einklang mit Artikel 3 Absatz 2 EGV bemüht ist, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, zumal Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind“.

Die Gefahr multipler Diskriminierung auf Rasse/ethnische Herkunft und Geschlecht bzw. Frauen zu reduzieren und anderen intersektionellen Gruppen – man denke an ältere oder behinderte Frauen oder homosexuelle Ausländer – die Anerkennung zu versagen, scheint dem Problem der multiplen Diskriminierung nicht vollständig gerecht zu werden. Der minimalistische Ansatz bestätigt sich durch die bloße Erwähnung der Mehrfachdiskriminierung in den Erwägungsgründen, ohne dass daraus Folgen irgendeiner Art gezogen würden. Es bleibt abzuwarten, ob die in diesem Zusammenhang von der EG-Kommission angekündigte Studie einen Anstoß zur Weiterentwicklung in diesem Bereich geben kann⁸³⁶.

II. Deutschland: Abweichende Begrifflichkeiten innerhalb des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Was an der Umsetzung der verschiedenen Diskriminierungsformen in das deutsche Recht als erstes ins Auge sticht, ist der innerhalb des AGG verwendete Begriff: Das

⁸³⁴ *Gottardi*, GDLRI 2003, 447 (455).

⁸³⁵ Vgl. Erw.grund vierzehn RL 2000/43/EG; im Bereich Beschäftigung und Beruf wird ebenfalls nur auf das Geschlecht Bezug genommen (vgl. Erw.grund drei RL 2000/78/EG).

⁸³⁶ KOM (2006) 643 endg., 8.

Gesetz spricht nicht von *Diskriminierung*, sondern von *Benachteiligung*. Nach der Begründung wollte der deutsche Gesetzgeber mit dieser Wortwahl deutlich machen, „dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat“⁸³⁷. Denn während unter „Diskriminierung“ nur rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlungen zu verstehen seien, ist nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit einem Nachteil verbunden ist, unzulässig; dies wird insbesondere an den §§ 5, 8 und 20 AGG deutlich⁸³⁸. Allerdings ist die Terminologie innerhalb des AGG nicht einheitlich, da beispielweise von „Antidiskriminierungsverbänden“ (§ 23 AGG) und von einer „Antidiskriminierungsstelle“ (§§ 25 ff. AGG) die Rede ist. Da zudem die in § 3 AGG enthaltenen Definitionen der unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung, der als Benachteiligung geltenden Belästigung und sexuellen Belästigung sowie der Anweisung zur Benachteiligung trotz der unterschiedlichen Wortwahl nur geringfügig von den oben dargelegten Richtliniendefinitionen abweichen, sollen im Folgenden die Begriffe Diskriminierung und Benachteiligung einheitlich verwendet⁸³⁹.

Vor Inkrafttreten des AGG war eine Begriffsbestimmung der mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierung lediglich von der Rechtsprechung im Rahmen der Diskriminierung aufgrund der Merkmale Geschlecht und Behinderung versucht worden⁸⁴⁰. Beide Begriffe werden nunmehr zum ersten Mal auf gesetzlicher Basis definiert. Dabei bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG, dass eine unmittelbare Benachteiligung dann vorliegt, „wenn eine Person wegen“⁸⁴¹ eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“; nahezu wortgleich übernimmt das AGG in § 3 Abs. 2 auch die Definition der mittelbaren Diskriminierung.

Von der in den Richtlinien gewährten Möglichkeit, die für das deutsche Recht noch unbekannte Diskriminierungsform der Belästigung spezifisch zu definieren, hat der

⁸³⁷ BT-Drucks. 16/1780, 30.

⁸³⁸ Dazu unten C.II.

⁸³⁹ So auch der Großteil der Kommentarliteratur, vgl. bspw. Schiek-Schiek, AGG, § 1, Rn. 3, Rust/Falke-Rust, AGG, § 3, Rn. 2.

⁸⁴⁰ Näher Rust/Falke-Rust, § 3, Rn. 6.

⁸⁴¹ Der Wortlaut lehnt sich damit eng insbesondere an die Richtlinien 2000/78/EG und 2002/73/EG⁸⁴¹ an, wo anstatt der in den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG verwendeten Präposition „aufgrund“ von „wegen“ die Rede ist.

deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht: In § 3 Abs. 3 AGG wiederholt er den Richtlinien text wörtlich und verlangt daher – anders als noch in früheren Entwürfen⁸⁴² – nach dem kumulativen Vorliegen eines feindlichen Umfelds und einer Würdeverletzung. Hinsichtlich der Würdeverletzung hat der Gesetzgeber klargestellt, dass das Verhalten nicht so schwerwiegend sein muss, dass die Qualität einer Verletzung der Menschenwürde nach Art. 1 GG vorliegt⁸⁴³; gemeinhin vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang eine Orientierung an Verhaltensweisen, die den Tatbestand der Beleidigung gemäß §§ 185 ff. StGB erfüllen⁸⁴⁴.

Problematischer stellt sich die Umsetzung des Konzepts der sexuellen Belästigung in das AGG dar: Nach § 3 Abs. 4 ist eine sexuelle Belästigung „eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“. Diese Definition mit ihren (nicht abschließenden) Spezifizierungen, die festlegen, wann ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten vorliegt, lehnt sich eng an die im damaligen § 2 BeschSchG⁸⁴⁵

⁸⁴² Im ADG-Entwurf (BT-Drucks. 15/4538) war das feindliche Umfeld lediglich Beispiel („insbesondere wenn“) und nicht Voraussetzung („und“) des Vorliegens einer Belästigung.

⁸⁴³ BT-Drucks. 16/1780, 33.

⁸⁴⁴ So *Nickel*, NJW 2001, 2668 (2670).

⁸⁴⁵ Beschäftigtenschutzgesetz vom 24. August 1994 (BGBl. I 1994, 1406, 1412); es ist mit Wirkung vom 18. August 2006 durch Art. 4 S. 2 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. I 2006, 1897) außer Kraft getreten.

§ 2 BeschSchG hatte folgenden Wortlaut: „Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Dazu gehören (1.) sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, sowie (2.) sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.“ Dagegen ist das Verbot der (einfachen) Belästigung für das deutsche Recht, wo Belästigung in besonders schwerwiegenden Fällen bisher als Straftatbestand geahndet und in weniger schwerwiegenden Fällen als Persönlichkeitsrechtsverletzung erfasst worden war, ohne jeglichen Vorläufer.

enthaltene Formulierung an. Im Gegensatz zu der früheren Bestimmung senkt das AGG die Anforderungen an die Erfüllung des Tatbestands aber insofern ab, als im Rahmen des BeschSchG noch erforderlich gewesen war, dass eine sexuelle Belästigung vorsätzlich erfolgen und eine Würdeverletzung tatsächlich vorliegen musste; nunmehr reicht ein nicht schuldhaft verursachtes „Bewirken“ bzw. ein auf den Erfolg der Würdeverletzung gerichtetes „Bezwecken“ aus.

Problematisch ist allerdings, dass das AGG mit der Formulierung „in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG“ die Anwendbarkeit auf arbeitsrechtliche Aspekte beschränkt, was zwar dem Geltungsbereich der Richtlinie 2002/73/EG, nicht jedoch dem der zivilrechtlichen Sachverhalte erfassenden Richtlinie 2004/113/EG gerecht wird. Zwar wird darauf hingewiesen, dass zumindest in den Fällen, in denen in den von § 3 Abs. 4 AGG ausgeklammerten zivilrechtlichen Bereichen gleichzeitig auch der Tatbestand der (einfachen) Belästigung erfüllt ist, letzterer als Auffangtatbestand fungieren kann und damit das Opfer nicht völlig schutzlos stellt⁸⁴⁶. Entsprechend den Grundsätzen der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung sind jedoch richtlinienwidrige Bestimmungen außer Anwendung zu lassen⁸⁴⁷; dies muss hier zur Nichtanwendung der einschränkenden Worte „in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4“ führen⁸⁴⁸.

§ 3 Abs. 5 AGG setzt schließlich die sog. Anweisungsdiskriminierung in das deutsche Recht um, indem er bestimmt, dass „die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund“ als Benachteiligung gilt (Satz 1). Nach Satz 2 liegt eine Anweisung „in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann“. Die Vorschrift ist damit insofern spezifischer als die Richtlinienvorgaben, als sie die Geltung für den Anwendungsbereich Beschäftigung und Beruf genauer absteckt. Dahinter steckt allerdings die fälschliche⁸⁴⁹ Annahme, dass die Vorschrift im zivilrechtlichen Anwendungsbereich weitestgehend entbehrlich ist⁸⁵⁰. Aus der Bestimmung darf

⁸⁴⁶ Rust/Falke-Eggert-Weyand, AGG, § 3, Rn. 69.

⁸⁴⁷ Vgl. im Detail Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 74 ff.

⁸⁴⁸ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 126.

⁸⁴⁹ Vgl. die Auffassung des Europäischen Parlaments A5 136/2000 (Fn. 830), in der insbesondere auf die Vermietung von Wohnraum verwiesen wird.

⁸⁵⁰ BT-Drucks. 16/1780, 33.

keinesfalls eine Beschränkung des Verbots der Anweisungsdiskriminierung auf das Arbeitsrecht gefolgert werden, was auch eindeutig den aus der Richtlinie 2000/43/EG (Art. 2 Abs. 4) und der Richtlinie 2004/113/EG (Art. 4 Abs. 4) folgenden Umsetzungsverpflichtungen widersprechen würde. Vielmehr dient Satz 2 dazu, Anhaltspunkte auch für den Bereich des Zivilrechts zu geben: Immer dann, wenn jemand einen anderen zu einem Verhalten gegenüber Dritten bestimmt oder zu bestimmen versucht, ist von dem Vorliegen einer Anweisung auszugehen⁸⁵¹.

III. Italien

1. Die vom *decreto legislativo* Nr. 215/2003 erfassten Diskriminierungsformen. Koordinierungsprobleme mit dem *Testo unico dell'immigrazione*

Die Schwierigkeiten, die sich dem Rechtsanwender im Rahmen der im *decr. leg.* Nr. 215/2003 definierten unmittelbaren Diskriminierung stellen, betreffen nicht die Definition selbst – denn diese stimmt mit den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie lückenlos überein (vgl. Art. 2 Nr. 1 Buchst. a) *decr. leg.* Nr. 215/2003) –, als vielmehr die Koordinierung mit den bereits vorhandenen Regelungen des *T.U. Immigrazione*. Wie bereits erwähnt, überschneiden sich die Anwendungsbereiche der beiden Regelwerke, denn nach Art. 2 Abs. 2 *decr. leg.* Nr. 215/2003 sollen Art. 43 Abs. 1 und 2 *T.U. Immigrazione* ausdrücklich aufrechterhalten werden⁸⁵². Eben diese Regelungen enthalten bereits Definitionen des Begriffs Diskriminierung.

Damit bleiben „alter“ und „neuer“ Diskriminierungsbegriff nebeneinander bestehen. Problematisch ist dies deshalb, da Art. 43 Abs. 2 *T.U. Immigrazione* den

⁸⁵¹ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 130.

⁸⁵² Dieser Teil des *T.U. Immigrazione* wurde auch nicht durch die umstrittene „*legge Bossi-Fini*“ (Nr. 189/2002) berührt, die wesentliche Teile des *T.U. Immigrazione* (insbesondere im Bereich Bildung, Pensionen und Wohnraum) grundlegenden Änderungen unterworfen hat; Kritik zu diesem Gesetz bei Vettor, in Tursi, Lavoro e immigrazione, S. 291 ff., m.w.N.

Begriff der Rassendiskriminierung ohne Bezugnahme auf die hypothetische Vergleichsperson definiert und somit hinter dem durch *decr. leg.* Nr. 215/2003 gewährten, und von der Antirassismusrichtlinie verlangten, Schutz zurückbleibt. Damit ist der italienische Gesetzgeber der an die Mitgliedstaaten gerichteten Pflicht zur Aufhebung sämtlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen (Art. 14 Richtlinie 2000/43/EG), nicht nachgekommen⁸⁵³.

Da Art. 43 *T.U. Immigrazione* im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 Buchst. a) *decr. leg.* Nr. 215/2003 nicht als „speziellere Regelung“ gesehen werden kann⁸⁵⁴ – denn das *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthält keine „allgemeineren“ Vorschriften als der *T.U. Immigrazione*, vielmehr enthalten beide Regelwerke „spezielle“ Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierung im Privatrechtsverkehr – bleibt nur ein Lösungsweg: Die im Rahmen des *T.U. Immigrazione* vorhandene Definition der Diskriminierung erzeugt weiterhin parallel zur neuen Bestimmung Wirkungen, sie wird durch diese aber ergänzt⁸⁵⁵, so dass in den Fällen, in denen beide miteinander in Konflikt geraten, diejenige Bestimmung Anwendung findet, die „angemessener ist und der *ratio* des gewollten Schutzes besser entspricht“⁸⁵⁶.

Unproblematisch hingegen ist die im Verhältnis zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben „großzügiger“ umgesetzte mittelbare Diskriminierung: Hier hat der italienische Gesetzgeber im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 nicht nur – wie europarechtlich vorgegeben – auf jeglichen quantitativen Aspekt verzichtet⁸⁵⁷, sondern er hat, weitergehend als Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) Antirassismusrichtlinie, neben den „angeblich neutralen Bestimmungen, Kriterien, Verfahren“⁸⁵⁸ auch (angeblich neutrale) „Handlungen, Vereinbarungen oder Verhaltensweisen“⁸⁵⁹ in die Begriffsbestimmung

⁸⁵³ So *Chieco*, RGL 2006, 559 (568). Kritisch bezüglich dieser Lösung *Gottardi*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 15.

⁸⁵⁴ So aber *Chieco*, RGL 2006, 559 (568). Kritisch bezüglich dieser Lösung *Gottardi*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 15.

⁸⁵⁵ *Aimo*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 53, *Ceroli*, QDPE 2005, 93 (99), *Fiorita*, QDPE 2004, 361 (369).

⁸⁵⁶ So *Gottardi*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 15.

⁸⁵⁷ Dazu *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (411), *Chieco*, RIDL 2002, 75 (89 f.).

⁸⁵⁸ Dies übersieht *Chieco*, 559 (590), der Richtlinie und *decreto legislativo* als wortlautgleich bezeichnet.

⁸⁵⁹ Dies geht auf Art. 4 Abs. 1 *legge* Nr. 125/1991 (geändert durch *decr. leg.* 196/2000, nunmehr Art. 25 Abs. 2 *Cpo*) zurück, der neben Handlungen und Verhaltensweisen auch Vereinbarungen in die

miteinbezogen und damit den Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes auf nationaler Ebene erweitert⁸⁶⁰. Koordinierungsprobleme bestehen im allgemeinen Zivilrechtsverkehr nicht, denn der *T.U. Immigrazione* entbehrt für diesen Bereich einer Definition der mittelbaren Diskriminierung⁸⁶¹, die bisher lediglich in der *legge* Nr. 125/1991 und damit beschränkt auf die Geschlechtergleichheit im Bereich Beschäftigung und Beruf enthalten war⁸⁶².

Art. 2 Abs. 3 und 4 *decr. leg.* Nr. 215/2003 legen in Umsetzung von Art. 2 Abs. 3 und 4 Antirassismusrichtlinie fest, dass sowohl die Belästigung als auch die Anweisungsdiskriminierung als Diskriminierung im Sinne von Abs. 1 gelten. Eine gesetzliche Definition des Begriffs Belästigung hat zwar bisher gefehlt; im Arbeitsrecht hatte die Rechtsprechung allerdings auf der Grundlage von Art. 2087 *Codice civile* – der den Unternehmer zum Schutz der Arbeitsbedingungen verpflichtet⁸⁶³ – Schutz vor dem sog. *Mobbing* garantiert⁸⁶⁴; im Übrigen wurde zwischen unmittelbarer Belästigung (*molestia diretta*) und Belästigung durch die Schaffung eines feindlichen Umfelds (*molestia ambientale*) unterschieden: In diesem Zusammenhang war es ausreichend, wenn *entweder* die Würde der betroffenen Person verletzt war *oder* ein feindliches Umfeld vorlag. Daher hat die im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 zunächst erfolgte wörtliche Übernahme der Definition der Belästigung aus den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie, die ein kumulatives Vorliegen der Voraussetzungen verlangt,

Definition der mittelbaren Diskriminierung einbezog, um neben einseitigen Handlungen auch (die nicht seltenen) Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erfassen. Dazu *Barbera*, NLCC 2003, 735 ff.

⁸⁶⁰ *Rizzo*, RCDL, 221 (223), *Gottardi*, in *Barbera*, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 9 f.

⁸⁶¹ Ein Koordinierungsproblem stellt sich aber auch hier zumindest im Bereich Beschäftigung und Beruf, da der *T.U. Immigrazione* (vgl. Art. 43 Abs. 2 Buchst. e)) für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung voraussetzt, dass ein „verhältnismäßig höherer Anteil“ von Arbeitern, die einer bestimmten Rasse angehören, betroffen ist und damit anders als das *decr. leg.* Nr. 215/2003 *nicht*, wie auch im Rahmen der Antirassismusrichtlinie vorgesehen, auf das quantitative Kriterium verzichtet; dazu *Acierno*, *Dir. imm. Citt.* 2004, 43 (51 f.).

⁸⁶² Vgl. Art. 4 Abs. 2 *legge* Nr. 125/1991 (nunmehr Art. 25 Abs. 2 *Cpo*).

⁸⁶³ Art. 2058 *Codice civile* hat folgenden Wortlaut: „Der Unternehmer ist verpflichtet, beim Betrieb des Unternehmens die Maßnahme zu treffen, die nach der besonderen Art der Arbeit, nach der Erfahrung und dem Stand der Technik zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der geistigen Persönlichkeit der Arbeitnehmer notwendig sind“.

⁸⁶⁴ Aus der Rechtsprechung *Trib. Pisa*, 3. Oktober 2001, RGL 2002, 314 ff., *Trib. Forlì*, 15. März 2001, LG 2002, 552. Dazu auch *Scarponi/Stenico*, in *Fabeni/Toniollo*, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 235 ff.

unverzüglich Kritik erfahren, und zwar umso mehr, als sie auch im Gegensatz zur *legge comunitaria* 2003 stand⁸⁶⁵, in der es noch „oder“ statt „und“ geheißen hatte. Die Annahme, dass es sich bei der im *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthaltenen Formulierung lediglich um ein Versehen des Gesetzgebers gehandelt hat⁸⁶⁶, hat sich mittlerweile bestätigt: Durch Art. 8-*sexies legge* Nr. 101/2008⁸⁶⁷ wurde die Definition der Belästigung entsprechend nachgebessert; ein alternatives Vorliegen der Voraussetzungen ist nunmehr ausreichend.

Hinsichtlich der sog. multiplen oder „Überkreuz“-Diskriminierungen⁸⁶⁸ beschränkt sich *decr. leg.* Nr. 215/2003 auf den Faktor Geschlecht: In seiner Eingangsnorm wird bestimmt, dass bei der Umsetzung der Gleichbehandlung von Personen unabhängig von ihrer Rasse und ethnischen Herkunft die „notwendigen Bedingungen“ getroffen werden müssen, „damit Unterschiede in der Rasse oder der ethnischen Herkunft kein Grund für Diskriminierungen sind, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt der unterschiedlichen Auswirkungen, die Formen von Diskriminierungen auf Männer und Frauen haben können“. Neben dem Problem, dass die Gefahr multipler Diskriminierung auf die einer „doppelten“ Diskriminierung beschränkt wird⁸⁶⁹, geht der Gesetzgeber zudem mit keinem Wort darauf ein, wie die „notwendigen Bedingungen“ aussehen müssen, damit diese Art von Diskriminierung vermieden bzw. damit effektiv gegen sie vorgegangen werden kann.

2. Die vom *Codice delle pari opportunità* erfassten Diskriminierungsformen

Auch der *Codice delle pari opportunità* folgt dem in den Richtlinien verwendeten Begriff der „Diskriminierung“; bei der Definition der verschiedenen Formen von Diskriminierung innerhalb der der „Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim

⁸⁶⁵ Vgl. Art. 17, Abs. 1 Buchst. b) *legge* Nr. 306/2003, GU 266/2003, suppl. ord. 173.

⁸⁶⁶ Pizzoferrato, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 291.

⁸⁶⁷ Zu den mit der *legge* Nr. 101/2008 (vormals *decr. legge* Nr. 59/2008, vgl. bereits Einleitender Teil bei Fn. 16) einhergehenden Änderungen im Detail Calafà, Studium iuris 2009, 122 ff.

⁸⁶⁸ Vgl. Gottardi, GDLRI 2003, 447 (455).

⁸⁶⁹ Gottardi, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 25.

Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen” gewidmeten Bestimmungen lehnt er sich dabei eng an die Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG an⁸⁷⁰.

Dies gilt insbesondere für die mittelbare Diskriminierung, deren Definition aus Art. 2 Buchst. b) Richtlinie 2004/113/EG in Art. 55-bis Nr. 2 *Cpo* wortwörtlich übernommen worden ist; auch die Definitionen von einfacher (Art. 55-bis Nr. 4 *Cpo*) und sexueller Belästigung (Art. 55-bis Nr. 5 *Cpo*), die „als Diskriminierung gelten”, entsprechen – mit geringfügigen Abweichungen im Wortlaut, die jedoch keine inhaltlichen Konsequenzen nach sich ziehen – den in Art. 2 Buchst. c) und d) Richtlinie 2004/113/EG enthaltenen Formeln. Auch hinsichtlich der in Art. 55-bis Nr. 6 *Cpo* enthaltenen Anweisung zur Diskriminierung die ebenfalls „als Diskriminierung nach dem vorliegenden *decreto legislativo* gilt”, kann auf die Ausführungen zu den entsprechenden europarechtlichen Vorgaben verwiesen werden.

Abweichungen vom Richtlinienwortlaut ergeben sich hingegen bezüglich der Definition der unmittelbaren Diskriminierung, der sich Art. 55-bis Abs. 1 *Cpo* widmet. Vor Erlass dieser Vorschrift war im *Cpo* lediglich eine Definition der unmittelbaren Diskriminierung enthalten, die den Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien nicht entsprach – und immer noch nicht entspricht: Es handelt sich um Art. 25 *Cpo*, der im Rahmen des Bereichs von Beschäftigung und Beruf bestimmt, dass eine unmittelbare Diskriminierung im Falle „jeder Handlung, Vereinbarung oder jedes Verhaltens“ vorliegt, „durch das eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer aufgrund des Geschlechts diskriminiert und benachteiligt wird⁸⁷¹“, jedenfalls aber im Falle jeder weniger günstigen Behandlung gegenüber einer anderen Arbeitnehmerin oder einem anderen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation“. Der erste Teil der Definition ist weitestgehend bedeutungslos, da er von dem allgemeineren zweiten Teil (wonach eine unmittelbare Diskriminierung „*jedenfalls*“ vorliegt) vollends erfasst wird⁸⁷². Daneben fehlt es gänzlich an der durch die Richtlinien ermöglichten – und verlangten – „innovativen“ Bezugnahme auf „frühere“ oder rein hypothetische Vergleichspersonen: Art. 25 erfasst

⁸⁷⁰ Grundlegende Unterschiede im Rahmen der Definition der Diskriminierung zeigen sich hingegen im *decr. leg.* Nr. 145/2005, das die Richtlinie 2002/73/EG zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Bereich Beschäftigung und Beruf umsetzt. Dazu näher *Guaglianone*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 258 ff.

⁸⁷¹ Näher dazu *Guaglianone*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 259 ff.

⁸⁷² *Chieco*, RGL 2006, 559 (565).

nur die sog. „effektiven“ Diskriminierungen. Dies aber stellt einen eindeutigen Verstoß gegen die europarechtlichen Vorgaben dar; der italienische Gesetzgeber wird daher in nächster Zukunft auch diese Definition an die veränderten Zusammenhänge anpassen müssen.

Hingegen legt Art. 55-*bis* Abs. 1 *Cpo* im Rahmen der „Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ fest, dass eine unmittelbare Diskriminierung immer dann vorliegt, wenn „eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfahren hat oder erfahren würde.“ Die Definition bezieht damit frühere und auch hypothetische Vergleichspersonen mit ein, entbehrt aber des Verbs „erfahren“ in der Präsensform, weshalb eine gegenwärtige Vergleichsperson zumindest dem Wortlaut nach ausgenommen zu sein scheint. Dabei kann es sich allerdings nur um ein Versehen des Gesetzgebers handeln: Werden sowohl „vergangene“ als auch hypothetische Vergleichspersonen anerkannt, so muss erst Recht eine konkrete gegenwärtige Vergleichsperson ausreichen. Anders als im Rahmen der hypothetischen Vergleichsperson, die auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene erst auf der Grundlage der Richtlinien der neuen Generation eingeführt und anerkannt worden ist, handelt es sich bei der „aus Fleisch und Blut“ bestehenden gegenwärtigen Vergleichsperson um den sowohl im Gemeinschaftsrecht als auch im nationalen Recht von Anfang an anerkannten „historischen“ Grundfall⁸⁷³. Einer erweiternden richtlinienkonformen Auslegung entsprechend sind daher auch gegenwärtige Vergleichspersonen in die Definition miteinbezogen.

C. Die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen

I. Die Vorgaben der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG

Im Gegensatz zur mittelbaren Diskriminierung, die bereits ihrer Definition nach die Möglichkeit einer Rechtfertigung enthält – sie ist immer dann ausgeschlossen, wenn

⁸⁷³ Dazu auch *Chieco*, RGL 2006, 559 (564).

„die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“ –, sind *unmittelbare* unterschiedliche Behandlungen im Zivilrechtsverkehr nach den europarechtlichen Vorgaben nur ausnahmsweise und jedenfalls nicht hinsichtlich aller Diskriminierungsfaktoren gleichermaßen zulässig: Im Gegensatz zur Richtlinie 2000/43/EG zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft, die unmittelbare Diskriminierungen *stets* verbietet, lässt die Richtlinie 2004/113/EG eine unterschiedliche Behandlung dann zu, „wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich sind“ (Art. 4 Abs. 5). Die Vorschrift schafft damit eine Tatbestandsausnahme zugunsten segregierter Angebote. Dies soll der Tatsache Rechnung tragen, dass Diskriminierungsverbote nicht auf die Einebnung kultureller Geschlechterunterschiede ausgerichtet sind, sondern auch jenseits der Intimsphäre *separate-but-equal*-Angebote für Männer und Frauen weiterhin akzeptiert werden sollen⁸⁷⁴.

Voraussetzung solcher Angebote ist allerdings, dass keine weniger diskriminierende Alternative zur Verfügung steht und sich das benachteiligende Kriterium im Rahmen einer Abwägungsentscheidung sowohl in Anbetracht des Ausmaßes der benachteiligenden Wirkung als auch der Relevanz des zu erreichenden Ziels als „billigenswert“ erweist. Kumulativ dazu muss ein legitimes Ziel vorliegen, das es rechtfertigt, die in Frage stehenden Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder überwiegend nur Frauen oder Männern zur Verfügung zu stellen. Beispielhaft können in diesem Zusammenhang die Einrichtung von Zufluchtsstätten für Personen gleichen Geschlechts zum Schutz von Opfern sexueller Gewalt genannt werden⁸⁷⁵.

Auch im Rahmen der privatrechtlichen Versicherungen lässt (lediglich) die Richtlinie 2004/113/EG Raum für unterschiedliche Behandlungen aufgrund des Geschlechts: So bestimmt Art. 5 Abs. 2, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen zulassen können, „wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf

⁸⁷⁴ Vgl. Schiek-Schiek, AGG, § 20, Rn. 6.

⁸⁷⁵ Vgl. Erw.ground sechzehn RL 2004/113/EG.

relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“ (Art. 5 Abs. 2)⁸⁷⁶. Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen dabei allerdings nicht zu einer entsprechenden Differenzierung führen (Art. 5 Abs. 3).

Auf den vieldiskutierten Bereich der Versicherungsdiskriminierung wird vorliegend in erster Linie im Rahmen der jeweiligen nationalen Umsetzungsbestimmungen eingegangen. An dieser Stelle soll ein Hinweis darauf genügen, dass die Vorschrift allein den *Umfang* der Leistungen betrifft, nicht aber die Anbahnung oder die Beendigung von Versicherungsverhältnissen. Dementsprechend kann eine *Verweigerung* des Vertragsschlusses keinesfalls auf das Merkmal Geschlecht gestützt werden.

Im Zusammenhang mit der Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen sind auch die sog. positiven Maßnahmen⁸⁷⁷ zu nennen, die – auf das Geschlecht bezogen – darauf abzielen, „Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern“ (vgl. Art. 2 und Art. 3 Abs. 2 EGV)⁸⁷⁸; denn sie erlauben es ausnahmsweise, direkt an ein Merkmal anzuknüpfen, aufgrund dessen ansonsten nicht differenziert werden darf, um Trägerinnen oder Trägern dieses Merkmals Vorteile zu gewähren⁸⁷⁹. Sie stellen insoweit eine Antwort auf das Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher und tatsächlicher Gleichheit dar, als ein formal verstandenes Diskriminierungsverbot ebenso wenig eine weitere Stratifizierung verhindert, wie es eine ausgleichende Bevorzugung derjenigen ermöglicht, „zu deren sozialen Nachteil diskriminierende Strukturen wirken“⁸⁸⁰; positive Maßnahmen sind eng mit der proaktiven Neukonzeptionierung des Diskriminierungsrechts verknüpft. Ein absoluter Vorrang der zu fördernden Gruppe ist nach der Rechtsprechung des EuGH aber ausgeschlossen⁸⁸¹.

⁸⁷⁶ Dabei sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die in Frage stehenden Daten regelmäßig zu aktualisieren und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, vgl. Erw.grund neunzehn RL 2004/113/EG.

⁸⁷⁷ Näher zu den positiven Maßnahmen auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene *Scarponi/Stenico*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 423 ff. Häufig ist in diesem Rahmen auch (nicht ganz korrekt) von Maßnahmen zur Gleichstellung oder auch von umgekehrter Diskriminierung die Rede; kritisch zu diesen Begriffen Rust/Falke-Raasch, AGG, § 5, Rn. 4 (Fn. 2).

⁸⁷⁸ EuGH Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH vgl. *Scarponi/Stenico*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 429 ff.

⁸⁷⁹ Rust/Falke-Raasch, AGG, § 5, Rn. 3, 21.

⁸⁸⁰ Schiek-Schiek, AGG, § 5, Rn. 1.

⁸⁸¹ EugH, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-6907. Vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 34.

Hinsichtlich des Geschlechts sieht das Gemeinschaftsrecht bereits seit den achtziger Jahren die Möglichkeit positiver Maßnahmen vor⁸⁸². Art. 141 Abs. 4 EGV – eine direkte Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH zu den sog. „Frauenquoten“⁸⁸³ – erlaubt mittlerweile die Herstellung tatsächlicher Gleichheit und nicht nur Gleichbehandlung und lässt in diesem Zusammenhang „spezifische Vergünstigungen“ der Mitgliedstaaten zugunsten des „unterrepräsentierten Geschlechts“ zu⁸⁸⁴. Von der ÜBDF (vgl. Art. 4 Abs. 1) unterscheidet sich die genannte Bestimmung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene insbesondere dadurch, dass erstere sich ausdrücklich auf die „bevorzugende Behandlung von *Frauen*“ bezieht, während Art. 141 Abs. 4 EGV auf ein neutrales Kriterium – das des „unterrepräsentierten Geschlechts“ – zurückgreift⁸⁸⁵.

Die Möglichkeit des Erlasses positiver Maßnahmen ist im gemeinschaftsrechtlichen Sekundärrecht nicht auf das Merkmal Geschlecht beschränkt: Im Bereich des Zivilrechts erlaubt in diesem Zusammenhang nicht nur die Richtlinie 2004/113 (Art. 6), sondern auch die Antirassismusrichtlinie den Mitgliedstaaten, „zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen“ (Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG). Im Gegensatz zu Art. 141 Abs. 4 EGV sind die positiven Maßnahmen allerdings nicht vom Vorliegen einer Benachteiligung gelöst: Dies bedeutet zwar nicht, dass die jeweils begünstigte Person selbst zuvor benachteiligt worden sein muss, oder dass nur ganz konkrete Benachteiligungen ausgeglichen werden müssen; die begünstigte Gruppe muss

⁸⁸² Vgl. schon Entschließung des Rates vom 12. Juli 1982 zur Förderung der Chancengleichheit der Frauen (ABl. 1982 C 186); weitere Nachweise zu späteren Entschlüssen und Entscheidungen bei Falke/Rust-Raasch, AGG, § 5, Rn. 8 (Fn. 9).

⁸⁸³ Vgl. insbesondere EuGH Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-6907. Auch die Begründung der Richtlinientexte nimmt auf diese Rechtsprechung sowie Art. 141 Abs. 4 Bezug, vgl. KOM (1999), 565, Begründung zu Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG.

⁸⁸⁴ Art. 141 Abs. 4 EGV hat folgenden Wortlaut: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“.

⁸⁸⁵ Vgl. Scarponi/Stenico, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 427.

aber in dem in Frage stehenden Bereich allgemein Nachteile erleiden und deswegen schlechter gestellt sein⁸⁸⁶.

Wie erwähnt, *erlauben* die Antidiskriminierungsrichtlinien den Erlass positiver Maßnahmen, sie *verpflichten* aber nicht dazu; damit bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, von dieser Option Gebrauch zu machen.

I. Deutschland

Das AGG enthält sowohl im Allgemeinen Teil als auch im Rahmen des dem Zivilrechtsverkehr gewidmeten Teil Bestimmungen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können bzw. das Vorliegen einer Benachteiligung ausschließen. Diese werden im Folgenden dargestellt. Davon ausgenommen bleibt lediglich die mittelbare Diskriminierung, da deren objektiver Rechtfertigungstatbestand wie in den Richtlinienbestimmungen im Rahmen der Begriffsbestimmung selbst enthalten und den europarechtlichen Vorgaben wortwörtlich entnommen ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 AGG); insoweit kann daher auf die Ausführungen zu den europarechtlichen Vorgaben verwiesen werden⁸⁸⁷.

1. Gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung bei Wohnraumvermietungen

Heftige Diskussionen hat insbesondere die in § 19 Abs. 3 AGG vorgesehene Regelung ausgelöst, wonach „bei der Vermietung von Wohnraum eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig“ ist. Die Vorschrift gilt nach Wortlaut und systematischer Stellung für jedes der in § 19 AGG genannten Diskrimi-

⁸⁸⁶ Rust/Falke-Raasch, AGG, § 5, Rn. 21.

⁸⁸⁷ Vgl. oben B.I.1.

nierungsmerkmale und damit auch (bzw. insbesondere⁸⁸⁸) für das Benachteiligungsverbot wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft. Sie wurde u.a. auf Anraten des Mieterbundes und der Wohnungsbauverbände eingeführt, die geltend gemacht hatten, dass „der Schutz vor Diskriminierung nicht einer Verhinderung der Ghettoisierung entgegenstehen darf“⁸⁸⁹; in diesem Zusammenhang will der deutsche Gesetzgeber mittels einer Quotenregelung Mietbewerbern aus ethnischen Minderheiten den Zugang zu Wohnungsbeständen verweigern, in denen der Ausländeranteil bereits bei 20 Prozent liegt⁸⁹⁰.

Es ist fraglich, ob diese – weitgehend subjektive, wenig greifbare und kaum justiziable⁸⁹¹ – Vorschrift des AGG, die eine sanktionswürdige Diskriminierung immer dann ausschließen soll, wenn Wohnungsgesellschaften „mit ihrer Vertragspraxis Integrationsziele verfolgen“⁸⁹², mit den Bestimmungen der Antirassismusrichtlinie vereinbar ist: Diese sieht – im Gegensatz zur Richtlinie 2004/113/EG (vgl. dort Art. 4 Abs. 5) – eine Ausnahme zum Diskriminierungsverbot nämlich gar nicht vor.

In der Literatur wird aus diesem Grund hinsichtlich der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft auf der Grundlage einer richtlinienkonformen Auslegung zum Teil eine totale Nichtanwendung der Bestimmung verlangt⁸⁹³. Andere hingegen betonen die Notwendigkeit einer Heranziehung von Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots, der sich insbesondere aus den Erwägungsgründen acht und neun der Antirassismusrichtlinie ergibt: Bezweckt wird demnach u.a. die Förderung der sozialen Integration

⁸⁸⁸ Die Regelung ist sogar speziell für diesen Aktionsbereich eingeführt worden: Bezweckt war unter anderem, Widersprüche zwischen Regelungen des Wohnungsbauförderungsgesetzes (WoFG), das in § 6 Abs. 1 Nr. 4 im Rahmen der sozialen Wohnraumförderung u.a. „die Schaffung und Erhaltung ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher sozialer und kultureller Verhältnisse“ verlangt, zu vermeiden. Vgl. auch *Rips*, WuM 2004, 175 (177 ff.).

⁸⁸⁹ Stellungnahme des Deutschen Mieterbunds zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Anti-Diskriminierungs-Richtlinien, A.-Drucks. 15(12)435-3, Stellungnahme von Haus und Grund zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Anti-Diskriminierungs-Richtlinien A.-Drucks. 15(12)435-2.

⁸⁹⁰ BT-Drucks. 15/1517, 13. Die Notwendigkeit einer Herstellung oder Wahrung eines Proporz zwischen Angehörigen verschiedener ethnischer Gruppen wird allerdings überwiegend kritisch gesehen, da eine sozial stabile Bewohnerstruktur nicht auch zwangsläufig den Bevölkerungsquerschnitt repräsentieren muss, näher dazu Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 111 f.

⁸⁹¹ Genau hierin wird auch die Gefahr der Vorschrift gesehen, vgl. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 110, *Liebscher*, STREIT 2005, 100 (102).

⁸⁹² *Derleder/Sabetta*, WuM 2005, 3 (9).

⁸⁹³ *Gaier/Wendtland-Gaier*, AGG, § 2, Rn. 127.

ethnischer Minderheiten, der soziale Zusammenhalt und die Solidarität. Im Einklang damit betont der deutsche Gesetzgeber, dass „die Voraussetzung für ein Zusammenleben der Kulturen ohne wechselseitige Ausgrenzung“ gestärkt werden soll⁸⁹⁴. Auf dieser Grundlage kann nur dann die Europarechtskonformität der Bestimmung angenommen werden, wenn man das in der Richtlinie enthaltene umfassende Diskriminierungsverbots teleologisch reduziert und gleichzeitig § 19 Abs. 3 AGG eng auslegt⁸⁹⁵. Eine Ungleichbehandlung zugunsten der Förderung der Integration wird daher wohl nur in seltenen Ausnahmefällen geboten sein. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, zur Verwirklichung der Ziele der Antirassismusrichtlinie die Benachteiligung einzelner Mietinteressenten – die am Wohnungsmarkt ohnehin benachteiligt sind – generell in Kauf zu nehmen, bewerten wird⁸⁹⁶.

2. Sachliche Gründe für unterschiedliche Behandlungen

In einem sog. Regel-Ausnahme-Verhältnis stehen im Rahmen des zivilrechtlichen Teils des AGG die Vorschriften der §§ 19 und 20: Während ersterer als Regel ein Diskriminierungsverbot aufstellt, enthält letzterer als Ausnahme Rechtfertigungsgründe⁸⁹⁷ für Ungleichbehandlungen. Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist demnach nicht gegeben, „wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt“ (§ 20 Abs. 1 Satz 1). Mit der Herausnahme der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft wird den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie, die

⁸⁹⁴ BT-Drucks. 16/1780, S. 42, in der Literatur (zum vorhergehenden Entwurf): *Derleder/Sabetta*, WUM 2005, 3 (9).

⁸⁹⁵ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn 109.

⁸⁹⁶ So die abschließende Bewertung bei Rust/Falke-Eggert, AGG, § 19, Rn. 122, der das Vorgehen des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf Sinn und Zweck der Richtlinie von den europäischen Vorgaben gerade noch als gedeckt ansieht.

⁸⁹⁷ BT-Drucks. 16/1780, 43.

anders als die Richtlinie 2004/113/EG (Art. 4 Abs. 5) für unmittelbare⁸⁹⁸ Diskriminierungen keine Rechtfertigungsmöglichkeiten vorsieht, Rechnung getragen.

Ob ein sachlicher Grund im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt, ist nach der Gesetzesbegründung⁸⁹⁹ durch eine wertende Feststellung im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilen. Dabei ist den Anforderungen der Richtlinie 2004/113/EG gemäß auch die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne (d.h. Angemessenheit und Erforderlichkeit) zu prüfen⁹⁰⁰. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss daher in richtlinienkonformer Auslegung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in Art. 20 Abs. 1 AGG „hineingelesen“ werden⁹⁰¹.

Seinem Wortlaut nach ermöglicht § 20 AGG sowohl die Zugangs- als auch die Konditionendiskriminierung, denn die Rede ist ganz allgemein von einer „unterschiedlichen Behandlung“. Dies aber steht in Bezug auf das Merkmal Geschlecht zu den Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG im Gegensatz, da diese mit der Erlaubnis sog. segregierter Angebote in Art. 4 Abs. 5 (dort ist von „Bereitstellen“ die Rede) lediglich die Zugangsdiskriminierung rechtfertigt. In richtlinienkonformer Auslegung ist daher davon auszugehen, dass Umsetzungsvorschrift ausschließlich zur Legitimierung getrennter Angebote gelten soll⁹⁰².

Fraglich ist in diesem Zusammenhang aber weiter, ob diese Überlegungen auch hinsichtlich der übrigen Merkmale gelten, die im Rahmen des zivilrechtlichen Teils des AGG überschießend umgesetzt worden sind. Die Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung auch solche Vorschriften erfasst, die nicht von den Richtlinien determiniert sind, wird unter dem Stichwort der sog. gespaltenen Auslegung erörtert⁹⁰³. Obwohl eine solche zumindest grundsätzlich abzulehnen ist – denn hat sich der Gesetzgeber für eine überschießende Umsetzung entschieden, weil er die Richtlinieninhalte ausdehnen will,

⁸⁹⁸ Im Rahmen von mittelbaren Diskriminierungen sind Fragen der zulässigen Ungleichbehandlung bereits auf der Tatbestandsebene zu prüfen, vgl. Gaier/Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 97.

⁸⁹⁹ BT-Drucks. 16/1780, S. 43.

⁹⁰⁰ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 136.

⁹⁰¹ So die allgemeine Meinung, vgl. Rust/Falke-Bittner, AGG, § 20, Rn. 6, Stork, ZEUS 2005, S. 1 (43).

⁹⁰² S. die Kritik bei Schiek-Schiek, AGG, § 20, Rn. 6. Darauf wird bei Rust/Falke-Falke/Bittner, AGG, § 20, Rn. 23 nicht eingegangen.

⁹⁰³ Allgemein zur Auslegung überschießenden nationalen Rechts Gebauer, in Gebauer/Wiedmann, S. 106 f., Heiderhoff, Grundstrukturen, S. 163 ff.

entspricht es grundsätzlich auch seinem Willen, die fragliche Norm einheitlich zu verstehen – muss im vorliegenden Fall differenziert werden: Durch die in den §§ 19 ff. AGG getroffenen Regelungen hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er durchaus einen differenzierten Schutz zwischen den einzelnen Merkmalen beabsichtigt; dies zeigt sich besonders deutlich an dem eingeschränkten Anwendungsbereich für die überschießend umgesetzten Merkmale. Demnach ist im Rahmen von § 20 AGG davon auszugehen, dass eine Konditionendiskriminierung hinsichtlich der Merkmale Alter, Behinderung, sexueller Identität und Religion bei Vorliegen eines sachlichen Grundes möglich ist⁹⁰⁴.

Im Anschluss an § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG werden in den Nr. 1 bis 4 vier Regelbeispiele genannt, in deren Rahmen eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein kann.

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 AGG rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung, wenn sie „der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient“. Dabei muss die unterschiedliche Behandlung zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich sein⁹⁰⁵. Nach der Gesetzesbegründung soll die Vorschrift u.a. der Beachtung von Verkehrssicherungspflichten bei Massengeschäften dienen; gedacht worden ist dabei insbesondere an die Merkmale Behinderung und Geschlecht: So kann es beispielsweise erforderlich sein, Rollstuhlfahrern in Konzenträumen besondere Plätze zuzuweisen, um Fluchtwege freizuhalten; oder es kann bei bestimmten körperlichen Behinderungen notwendig sein, auf eine Begleitperson zu bestehen. Weiterhin nennt die Gesetzesbegründung den Schutz von Opfern sexueller Gewalt, beispielsweise durch Frauenhäuser⁹⁰⁶. Eine Konditionendiskriminierung ist – abgesehen von dem schon genannten Problem der Europarechtskonformität im Falle des Merkmals Geschlecht – nach Nr. 1 nicht zu rechtfertigen, da nicht ersichtlich ist, wie z.B. ein Preiszuschlag eine Gefährdung verhindern soll⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ Vgl. Schiek-Schiek, AGG, § 20, Rn. 7.

⁹⁰⁵ Dies bedeutet, dass die Gefahrenprognose auf Tatsachen beruhen und in sich schlüssig sein muss; die Ungleichbehandlung muss infolgedessen notwendig und mangels zumutbarer Alternativen unvermeidbar sein, vgl. Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (BT-Drucks. 15/4538), Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Ausschuss-Drucks. 15 (12)435-(8).

⁹⁰⁶ BT-Drucks. 16/1780, 43.

⁹⁰⁷ Schiek-Schiek, AGG, § 20, Rn. 4.

Nr. 2 nennt das „Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre“ oder die „persönliche Sicherheit“, auf deren Grundlage unterschiedliche Behandlungen gerechtfertigt werden können. Gedacht wurde in erster Linie an das Merkmal Geschlecht: Ist die getroffene Maßnahme geeignet und erforderlich⁹⁰⁸, kann sie beispielsweise die Geschlechtertrennung bei Sanitäranlagen und Freizeitanlagen wie Schwimmbädern, Saunen und Fitnessstudios rechtfertigen. Im Rahmen der „persönlichen Sicherheit“ – gedacht ist insbesondere an Frauenparkplätze in öffentlichen Parkhäusern oder auf öffentlichen Parkplätzen – genügt eine objektiv bestehende *allgemeine* Gefahr, aus der die grundsätzliche Sorge um die persönliche Sicherheit nachvollziehbar folgt; das Vorliegen einer *konkreten* Bedrohungslage ist nicht notwendig⁹⁰⁹.

Im Rahmen der in Nr. 3 genannten Gewährung „besonderer Vorteile“ bei fehlendem Interesse „an der Durchsetzung der Gleichbehandlung“ geht es meist um Preisnachlässe oder sonstige Sonderkonditionen im Rahmen von Massengeschäften. Zu denken ist in erster Linie an Schüler-, Studenten- und Seniorenrabatte im Rahmen bestimmter Fahr- oder Eintrittskarten oder Abonnements, die den Nachteil typischerweise geringer(er) Einkommen bzw. einer typischerweise geringe(re)n Leistungsfähigkeit in einer bestimmten Lebensphase ausgleichen sollen⁹¹⁰. Fraglich ist damit aber gleichzeitig, inwieweit der Vorschrift neben § 5 AGG, der Ungleichbehandlungen zulässt, wenn sie dem Ausgleich sozialer Nachteile dienen⁹¹¹, ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt⁹¹².

Das letzte Fallbeispiel betrifft unterschiedliche Behandlungen, die an die Religion eines Menschen anknüpfen „und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit

⁹⁰⁸ Gaier/Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 106.

⁹⁰⁹ Vgl. auch BT-Drucks. 16/1780, 44 und Gaier/Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 107.

⁹¹⁰ Vgl. auch Schmidt-Kessel, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 67, Rust/Falke-Bittner, AGG, § 20, Rn. 15. Es wird allerdings auch vertreten, dass es nicht unbedingt darauf ankommen muss, dass die Ungleichbehandlung sozialer Bedürftigkeit Rechnung trägt, da diese nur einer von mehreren Aspekten sei. Demnach soll es ausreichen, wenn den einer bestimmten Zielgruppe gewährten Begünstigungen kein entsprechender Bedarf zugrunde liegt, sondern „allein eine bestimmte Zielgruppe aus Wettbewerbsgründen besonders umworben werden soll“, so Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 148. Dies ist allerdings umstritten, vgl. auch Rust/Falke-Bittner, AGG, § 20, Rn. 16. Geht man wie hier davon aus, dass nach europarechtlichen Bestimmungen lediglich die Zugangs-, nicht aber die Konditionendiskriminierung aufgrund des Geschlechts zulässig ist, sind Sondertarife zugunsten von Frauen jedenfalls nicht nach § 20 AGG (eventuell aber nach § 5 AGG) möglich.

⁹¹¹ Zu den positiven Maßnahmen sogleich unter 4.

⁹¹² Dies fragt sich zu Recht Schiek-Schiek, AGG, § 20, Rn. 4.

oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften (...) gerechtfertigt sind“. Voraussetzung für die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung ist ein Gewissenskonflikt, der als Konsequenz aus dem Zwang, der eigenen Glaubensüberzeugung zuwider zu handeln, „konkret, substantiiert und objektiv nachvollziehbar“ dargelegt wird⁹¹³. Praktische Bedeutsamkeit erlangt Nr. 4 vor allem dann, wenn ein Mitglied einer Religionsgemeinschaft in einer Weise am Zivilrechtsverkehr teilnehmen will, die Ausdruck seiner religiösen Gesinnung ist⁹¹⁴.

Wie bereits erwähnt, sind diese in Anschluss an den Grundtatbestand des § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG in Satz 2 genannten vier Regelbeispiele nicht abschließend (vgl. den Wortlaut „insbesondere“), sondern umreißen nur die wichtigsten Fallgruppen. Sie dienen auch als Richtschnur bzw. Orientierungsmaßstab für die Auslegung des Grundtatbestands und illustrieren gleichzeitig den Grad der vom Gesetzgeber geforderten Überprüfungsintensität⁹¹⁵.

Dass im Falle von sog. Mehrfachdiskriminierungen eine unterschiedliche Behandlung nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich die Rechtfertigung auf *sämtliche* Diskriminierungsgründe erstreckt, stellt § 4 AGG ausdrücklich klar. Das AGG ist der Richtlinie 2000/43/EG damit einen Schritt voraus, da diese auf das Problem der Mehrfachdiskriminierung lediglich in den Erwägungsgründen eingeht und sich dabei auf das Merkmal Geschlecht beschränkt.

3. Zulässige unterschiedliche Behandlung bei Versicherungsverträgen

Wesentlich weiter als die in § 20 Abs. 1 AGG genannten „sachlichen Gründe“ geht Abs. 2, der die sog. Versicherungsdiskriminierung betrifft und eine unterschiedliche Behandlung bei Prämien und Leistungen wegen des Geschlechts immer dann zulässt⁹¹⁶,

⁹¹³ BT-Drucks. 16/1780, 44 unter Bezugnahme auf BVerwGE 94, 82 ff.

⁹¹⁴ Gedacht wird beispielsweise an den „islamischen Metzger, der das Fleisch von Tieren verkaufen will, die nach islamischen Regeln geschlachtet worden sind“, vgl. BT-Drucks. 16/1780, 44.

⁹¹⁵ BT-Drucks. 16/1780, 43.

⁹¹⁶ Dies bedeutet, dass die Regelung zur Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlungen bei privaten Versicherungsverträgen abschließend und daher ein Rückgriff auf Abs. 1 nicht möglich ist; dies wird auch durch die Gesetzesbegründung verdeutlicht, die klarstellt, dass Abs. 2 eine *besondere* (und

wenn die Berücksichtigung des Geschlechts „bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“ (Satz 1); gleichzeitig wird bestimmt, dass „Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen dürfen“ (Satz 2)⁹¹⁷.

Während das letztgenannte Verbot wortlautgetreu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 2004/113/EG nachgebildet ist, hat der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der unterschiedlichen Prämien und Leistungen von der in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Richtlinie 2004/113/EG den Mitgliedstaaten eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, unter bestimmten Voraussetzungen proportionale Unterschiede bei Prämien und Leistungen zuzulassen⁹¹⁸. Erlaubt ist demnach nur die Konditionen-, keinesfalls aber die Zugangsdiskriminierung. Dies muss trotz der zweideutigen Gesetzesbegründung, wonach die geschützten Merkmale „bei der Entscheidung über den *Vertragsschluss selbst*“ berücksichtigt werden können⁹¹⁹, auch für das deutsche Recht gelten: Denn andernfalls würde man sich nicht nur über den eindeutigen Wortlaut des § 20 Abs. 2 AGG hinwegsetzen, sondern verstieße auch gegen die Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG⁹²⁰.

Anderes gilt hinsichtlich der Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität: Bei diesen Faktoren ist eine Differenzierung auch bei dem *Abschluss* von Versicherungen möglich, denn im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 3 AGG fehlt es an der Bezugnahme auf Leistungen und Prämien: Die Vorschrift erlaubt bei Vorliegen der

nicht etwa eine *zusätzliche*) Bestimmung für private Versicherungsverträge enthält, vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

⁹¹⁷ Vgl. dazu die Kritik bei *Wrase/Baer* vor Erlass des AGG, NJW 2004, 1623 ff. Näher dazu auch Rust/Falke-Rödl, AGG, § 20, Rn. 32 ff.

⁹¹⁸ Fraglich ist allerdings, ob die Vorschrift – unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen jenseits von Schwangerschaft und Entbindung – nicht verfassungswidrig ist. Insofern wird geltend gemacht, dass Differenzierungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 GG nur zulässig sind, soweit sie zur Lösung von Problemen, die „ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder nur bei Frauen auftreten können, *zwingend erforderlich* sind“ (vgl. BVerfGE 85, S. 206 ff.); unterschiedliche Kosten bei der Krankenversicherung würden zwar auf biologischen Unterschieden beruhen, eine Differenzierung sei aber keineswegs „zwingend erforderlich“, vgl. *Wrase/Baer*, NJW 2004, 1623 (1625), a.A. Rust/Falke-Rödl, AG, § 20, Rn. 35 ff.

⁹¹⁹ BT-Drucks. 16/1780, 45.

⁹²⁰ Rust/Falke-Rödl, AGG, § 20, Rn. 27. A.A. Rust/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 152.

entsprechenden Voraussetzungen ganz allgemein eine „unterschiedliche Behandlung“. Nicht von vornherein ausgeschlossen wären damit beispielsweise Tarife mit Höchstaltersgrenzen⁹²¹. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass diese auf „anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation“, d.h. auf aktuarisch korrekten Statistiken beruht⁹²². Dies ist nach dem Gesetzeswortlaut „insbesondere“ bei „einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen“ der Fall. Die Gesetzesbegründung stellt in diesem Zusammenhang fest, dass der Ausschluss bestimmter Personengruppen, wie beispielsweise Homosexueller, momentan ohne statistische Grundlagen erfolgt⁹²³. Dass Versicherer mit ihrer Ausschlusspolitik in Zukunft daher erhebliche Schwierigkeiten haben werden⁹²⁴, ist unter dem Gesichtspunkt der Wichtigkeit zahlreicher Versicherungsleistungen nur begrüßenswert⁹²⁵.

Insgesamt bedeutet die Regelung des § 20 Abs. 2 AGG für die Versicherungswirtschaft einen nicht unerheblichen Wandel: Wurde eine Berücksichtigung des Geschlechts bei der Prämienkalkulation bisher für einige Versicherer sogar gesetzlich verlangt⁹²⁶, bedarf eine geschlechtsabhängige Differenzierung nunmehr der Rechtfertigung.

⁹²¹ Rust/Falke-Rödl, AGG, § 20, Rn. 26.

⁹²² Schiek-Schiek, AGG, § 20, Rn. 11.

⁹²³ BT-Drucks. 16/1780, S. 39.

⁹²⁴ Die Gesetzesbegründung betont aber, dass das Erfordernis der Heranziehung statistischer Daten wegfällt, „wenn sie nicht vorhanden sind und sich auch nicht mit vertretbarem Aufwand erstellen lassen“; in solchen Fällen sollen dann „anerkannte medizinische Erfahrungswerte und Einschätzungstabellen der Rückversicherer“ herangezogen werden können, vgl. BT-Drucks. 16/1780, 45.

⁹²⁵ Näher dazu *Looschelders*, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 154 m.w.N. aus der Versicherungswirtschaft.

⁹²⁶ Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG: (1) „Soweit die Krankenversicherung ganz oder teilweise den im gesetzlichen Sozialversicherungssystem vorgesehenen Kranken- oder Pflegeversicherungsschutz ersetzen kann (substitutive Krankenversicherung), darf sie im Inland vorbehaltlich des Absatzes 6 nur nach Art der Lebensversicherung betrieben werden, wobei

1. die Prämien auf versicherungsmathematischer Grundlage unter Zugrundelegung von Wahrscheinlichkeitstabellen und anderen einschlägigen statistischen Daten, insbesondere unter Berücksichtigung der maßgeblichen Annahmen zur Invaliditäts- und Krankheitsgefahr, zur Sterblichkeit, zur Alters- und *Geschlechtsabhängigkeit* des Risikos und zur Stornowahrscheinlichkeit und unter Berücksichtigung von Sicherheits- und sonstigen Zuschlägen sowie eines Rechnungszinses zu berechnen sind.“

4. Positive Maßnahmen

Gemäß der Bestimmung des § 5 AGG ist eine Ungleichbehandlung auch dann zulässig, wenn sie der Verhinderung oder dem Ausgleich bestehender Nachteile wegen eines der Merkmale des § 1 AGG dient. Dabei lehnt sich die Konzeption des AGG besonders eng an die Richtlinienvorgaben an⁹²⁷, die, wie gesehen, zu einem Erlass positiver Maßnahmen ermächtigen, aber nicht dazu verpflichten.

§ 5 AGG, in dessen Rahmen es um Besserstellungen und Vorteile⁹²⁸ und nicht wie bei § 19 Abs. 3 und § 20 AGG um die ausnahmsweise erlaubte Schlechterstellung ohnehin gesellschaftlich Benachteiligter geht, erlaubt zwar eine unterschiedliche Behandlung über die bereits dargestellten speziellen Ausnahmebestimmungen zu einzelnen Merkmalen hinaus. Die Regelung entbehrt aber jeglichen Anreizsystems oder gar der Verpflichtung öffentlicher und privater⁹²⁹ Handlungsträger, positive Maßnahmen zu ergreifen, und setzt allein auf Freiwilligkeit; dieses „Vertrauen in den Idealismus ökonomischer Akteure“ wird in der Literatur äußerst skeptisch beurteilt⁹³⁰.

Auch steht die Regelung zumindest ihrem Wortlaut nach hinter dem im Vergleich weiteren Anwendungsbereich des Art. 141 Abs. 4 EGV sowie Art. 3 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 GG zurück, da sie an das Vorliegen „bestehender Nachteile“ anknüpft und damit zum Erlass positiver Maßnahmen zur Verhinderung zukünftiger Nachteile – Nachteile, die zwar noch nicht vorhanden, sondern nur befürchtet werden – nicht zu ermächtigen scheint. Allerdings ist die „verunglückte“⁹³¹ Formulierung des § 5 AGG insofern irreführend, als dass es schwer vorstellbar ist, wie „*bestehende* Nachteile“ *verhindert*, also (doch auch?) künftig ausgeschlossen werden sollen. Wenn Nachteile verhindert werden sollen, können sie nicht in der Person bestehen, zu deren Vorteil die künftige Begünstigung wirken soll. Es kann auch hier nur um Situationen gehen, in denen *typischerweise* Benachteiligungen eintreten; der „Nachteil“ darf daher nicht konkret interpretiert werden, sondern ist im Sinne einer „typischen Nachteilslage“ zu

⁹²⁷ Von einer „minimalistischen Umsetzung“ spricht daher Schiek-Schiek, AGG, § 5, Rn. 10.

⁹²⁸ Vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 34.

⁹²⁹ Durch § 5 AGG werden auch Private zum Erlass positiver Maßnahmen ermächtigt, vgl. Rust/Falke-Raasch, § 5, Rn. 35.

⁹³⁰ Schiek-Schiek, AGG, § 5, Rn. 11.

⁹³¹ Wendeling-Schröder/Stein-Stein, AGG, § 5, Rn. 11.

verstehen⁹³². Daher ist auch im Rahmen von § 5 AGG von der Zulässigkeit präventiver Maßnahmen auszugehen⁹³³. Dass die in Frage stehenden positiven Maßnahmen verhältnismäßig – geeignet und angemessen – sein müssen, ist von der Rechtsprechung bereits vor Erlass des AGG spezifiziert worden⁹³⁴.

§ 5 AGG gestattet positive Maßnahmen nicht nur im Bereich Beschäftigung und Beruf, sondern auch im Zivilrechtsverkehr. Dabei wird der Vorschrift die größte Bedeutung im Rahmen von Unterscheidungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft beigemessen, da diese nicht schon von § 20 Abs. 1 AGG erfasst werden⁹³⁵. Hinsichtlich der von Geschlecht und Rasse bzw. ethnische Herkunft verschiedenen Merkmale geht die Vorschrift über die Richtlinienvorgaben hinaus, da letztere positive Maßnahmen aufgrund der anderen Merkmale lediglich im Bereich Beschäftigung und Beruf vorsehen⁹³⁶.

III. Italien

Sowohl im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 als auch im *Cpo* sind in Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG bzw. 2004/113/EG Bestimmungen enthalten, die – wenn auch nicht in dem Umfang, wie sie sie das AGG vorsieht⁹³⁷ – Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot festlegen.

⁹³² Vgl. Falke/Rust-Raasch, AGG, § 5, Rn. 40: „Vorbeugen durch positive Maßnahmen einer zu erwartenden Benachteiligung aufgrund typischer Erfahrungen aus der Vergangenheit“.

⁹³³ Vgl. auch die Gesetzesbegründung, die von „präventiven Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Nachteile“ spricht (BT-Drucks. 16/1780, 34) und Wendeling-Schröder/Stein-Stein, AGG, § 5, Rn. 11 sowie Gaier-Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 129, der deshalb auch präventive Maßnahmen von § 5 AGG erfasst sieht.

⁹³⁴ Vgl. BAG, NZA 2003, 1036 ff. (zur Frauenquote im öffentlichen Dienst), BVerwG, NJW 2003, S. 1202 ff. (zur besonderen Subventionierung der Gründung von Handwerksbetrieben durch Frauen).

⁹³⁵ Gaier-Wendtland-Wendtland, AGG, § 2, Rn. 129.

⁹³⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 8 RL 2002/73/EG.

⁹³⁷ Denn: Je größer bzw. umfangreicher der Anwendungsbereich, desto umfangreicher auch die Ausnahmeregelungen – und umgekehrt, vgl. Barbera, GDLRI 2003, 399 (410).

1. Zulässige unterschiedliche Behandlungen im Rahmen des *decreto legislativo* Nr. 215/2003

Im Gegensatz zur Antirassismusrichtlinie und der im AGG enthaltenen Bestimmung definiert das *decr. leg.* Nr. 215/2003/EG in Art. 2 Buchst. b) den Begriff der mittelbaren Diskriminierung, ohne auf die besonderen Rechtfertigungsgründe einzugehen. Eher unpassend wird die Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen gesondert im Rahmen von Art. 3 *decr. leg.* Nr. 215/2003 erfasst, der sich dem Anwendungsbereich widmet⁹³⁸. Dessen Abs. 4 bestimmt, dass Diskriminierungen gemäß Art. 2 dann nicht vorliegen, „wenn unterschiedliche Behandlungen, obwohl sie mittelbar diskriminierend sind, durch ein rechtmäßiges Ziel objektiv gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. Abgesehen davon, dass die Bestimmung doch eher unglücklich formuliert ist – ist eine Unterscheidung mittelbar *diskriminierend*, kann sie eigentlich nicht mehr *keine* Diskriminierung darstellen⁹³⁹ –, entspricht sie den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und verlangt dementsprechend die Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels mit angemessenen und erforderlichen Mitteln. Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsrolle darf nicht aus den Augen verloren werden, dass die Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können, die Ausnahme, und das Diskriminierungsverbot die Regel darstellt⁹⁴⁰.

Eine Befreiung vom Verbot der unmittelbaren Diskriminierung außerhalb des arbeitsrechtlichen Anwendungsbereichs ist hingegen in keinem Fall vorgesehen, weder im *T.U. Immigrazione*, noch im *decr. leg.* Nr. 215/2003, das damit den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie entspricht: Im Rahmen des Sozialschutzes, der Gesundheitsdienste, der sozialen Vergünstigungen, der Bildung und des Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen einschließlich von Wohnraum gilt ein absolutes Diskriminierungsverbot.

Im Vergleich zum AGG, das den sog. positiven Maßnahmen (wenigstens) eine eigene Bestimmung widmet, hat sich der italienische Gesetzgeber für eine absolut mini-

⁹³⁸ Kritisch daher *De Simone*, LD 2004, 527 (537).

⁹³⁹ Es liegt daher ein terminologischer Widerspruch vor, vgl. die Kritik bei *Ballestrero*, LD, 2004, 501 (514) und *De Simone*, LD 2004, 527 (537).

⁹⁴⁰ *Rizzo*, RCDL 2004, 221 (225 f.).

malistische Umsetzung entschieden. Dies war möglich, da der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber den Mitgliedstaaten die Wahl lässt, ob und inwiefern sie positive Maßnahmen erlassen möchten⁹⁴¹. Das *decr. leg.* Nr. 215/2003 erwähnt diese „typischen Instrumente zur Förderung der Chancengleichheit“⁹⁴² lediglich im Rahmen des mit „Antidiskriminierungsstelle“ überschriebenen Art. 7: Nach dessen Abs. 2 Buchst. c) ist der sogenannte *Ufficio Nazionale antidiscriminazioni razziali* dazu angehalten, den Erlass „spezifischer, einschließlich positiver Maßnahmen, die Benachteiligungen in Verbindung mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft verhindern oder ausgleichen, durch öffentliche und private Stellen, insbesondere durch die in Art. 6 genannten Vereinigungen“, zu fördern. Die nur indirekte Bezugnahme auf die positiven Maßnahmen im Rahmen eines Organismus, dem überwiegend Aufgaben der Kontrolle zugewiesen sind, hat in der Literatur Kritik hervorgerufen; negativ beurteilt wird auch die Beschränkung der positiven Maßnahmen auf die „Verhinderung“ und den „Ausgleich“ benachteiligender Situationen und damit die fehlende Zielausrichtung auf ihre „Beseitigung“⁹⁴³. Verständlich daher die in der Literatur geäußerte Kritik, die von einer „nationalen Verwässerung“ der auf Gemeinschaftsrechtsebene vorhandenen Förderungspolitik spricht⁹⁴⁴.

2. Zulässige unterschiedliche Behandlungen im Rahmen des *Codice delle pari opportunità*

Der Vergleich der Inhalte der Richtlinie 2004/113/EG mit denjenigen der Richtlinie 2000/43/EG hat gezeigt, dass erstere weitreichendere Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot zulässt: Während die Antirassismusrichtlinie unmittelbare Ungleichbehandlungen im Bereich des Zivilrechts nicht zulässt, sieht die Richtlinie 2004/113/EG zum einen die Möglichkeit von proportionalen Unterschieden bei Versicherungsprämien und -leistungen vor, und erlaubt zudem sog. „segregierte

⁹⁴¹ *Waddington/Bell*, GDLRI 2003, 373 (380).

⁹⁴² *Calafà*, *Studium iuris*, 2004, 873 (881).

⁹⁴³ *Gottardi*, in *Barbera*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 23.

⁹⁴⁴ *Calafà*, LD 2005, 273 (286).

Angebote“, d.h. die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen „ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts“.

Der italienische Gesetzgeber hat von beiden Möglichkeiten Gebrauch gemacht: In fast wörtlicher Übernahme der Richtlinienbestimmungen legt Art. 55-*bis* Abs. 7 *Cpo* fest, dass eine unterschiedliche Behandlung keine Diskriminierung darstellt, „wenn Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend den Angehörigen eines Geschlechts bereitgestellt werden und dies durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. Im Gegensatz zum AGG (vgl. § 20 Abs. 1 AGG) ist die Umsetzung von Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2004/113/EG damit unproblematisch, da der *Cpo* unter bestimmten Voraussetzungen die Zugangs-, nicht aber auch die Konditionendiskriminierung legitimiert. Hinsichtlich der Angemessenheit und der Erforderlichkeit dieser Beschränkungen verweist der italienische Gesetzgeber ausdrücklich auf die vom EuGH entwickelten Kriterien. Insofern kann daher auf die oben im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben gemachten Ausführungen verwiesen werden. Als mögliche segregierte Angebote werden unter Verweis auf die Richtlinie 2004/113/EG der Schutz von Opfern sexueller Gewalt, der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens, die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter, die Vereinsfreiheit und die Organisation sportlicher Aktivitäten genannt⁹⁴⁵.

Auch im Bereich der Versicherungsdiskriminierung hält sich der italienische Gesetzgeber eng an die Vorgaben von Art. 5 Richtlinie 2004/113/EG: Art. 55-*quater* *Cpo*, der der „Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei Versicherungsleistungen und anderen Finanzdienstleistungen“ gewidmet ist, legt im Anschluss an das in Abs. 1 enthaltene Diskriminierungsverbot fest, dass „proportionale Unterschiede bei Prämien und individuellen Leistungen“ dann zulässig sind, „wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“. Im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber bezieht der *Cpo* damit die sog. „verwandten Finanzdienstleistungen“ ausdrücklich mit ein. Den Richtlinienvorgaben entsprechend wird die Möglichkeit unterschiedlicher Prämien und Leistungen bei „mit Schwanger-

⁹⁴⁵ Vgl. *Relazione illustrativa (Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare)*, XV, Nr. 132.

schaft oder Mutterschaft im Zusammenhang stehenden Kosten“ ausgeschlossen (Abs. 2 Satz 2).

Bedingt war die Entscheidung des italienischen Gesetzgebers, die durch die Richtlinie 2004/113/EG gewährte Möglichkeit zu nutzen und unter bestimmten Bedingungen proportionale Unterschiede bei Prämien und Leistungen zuzulassen, zum einen durch Beratungen, die mit den entsprechenden Versicherungszweigen sowie dem Versicherungsüberwachungsinstitut (*ISVAP*⁹⁴⁶) erfolgt waren; zum anderen sieht sich der italienische Gesetzgeber in seiner Entscheidung durch die „anderen europäischen Mitgliedstaaten“ bestätigt, die sich „ähnlich zu orientieren scheinen“⁹⁴⁷.

Auch diese Bestimmungen belegen einmal mehr die allzu mechanische Umsetzung der Richtlinienvorgaben. Nicht grundsätzlich anders als im *decr. leg.* Nr. 215/2003 sieht auch die Bezugnahme auf die positiven Maßnahmen aus, die Art. 6 Richtlinie 2004/113/EG „zur vollen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Praxis“ ausdrücklich erlaubt. In Art. 55-*novies Cpo* erfolgt nicht mehr als eine indirekte Bezugnahme im Rahmen einer Vorschrift, die dem *Ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e la loro fornitura* („Stelle zur Förderung der Gleichbehandlung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“) gewidmet ist: eher nebenbei wird hier in Abs. 2 Buchst. c) festgelegt, dass die genannte Stelle dazu angehalten ist, „den Erlass spezifischer, einschließlich positiver Maßnahmen, die die Entstehung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts bei dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen verhindern, durch öffentliche und private Stellen, insbesondere durch die in Art. 55-*septies* genannten Vereinigungen“, fördern soll. Die genannte Förderungspflicht, ist dabei nur eine der (nicht abschließend genannten) zahlreichen Aufgaben, die der o.g. Stelle im Rahmen des Art. 55-*novies* Abs. 2 *Cpo* zugewiesen wird. Die Möglichkeit, die positiven Maßnahmen zu nutzen, um das Prinzip

⁹⁴⁶ Dem *Istituto di Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo* (ISVAP) wird dabei die Aufgabe zugewiesen, für die in diesem Zusammenhang erforderliche aktuarischen und statistischen Daten zu sorgen. Unter Beachtung der Stabilität, Effizienz und des Funktionierens des Versicherungssystems sowie des Schutzes und der Information der Versicherungsnehmer ist dieses außerdem für die Transparenz und Richtigkeit des Verhaltens der Versicherungsgeber verantwortlich. Vgl. näher *Relazione illustrativa (Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare)*, XV, Nr. 132.

⁹⁴⁷ Vgl. *Relazione illustrativa (Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare)*, XV, Nr. 132.

substantieller Gleichheit⁹⁴⁸ effektiver durchzusetzen, hätte der italienische Gesetzgeber gerade im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auf der Grundlage einer ausdrücklicheren bzw. den positiven Maßnahmen unmittelbar gewidmeten Vorschrift besser nützen können.

D. Zusammenfassendes Ergebnis

In Teil vier wurde auf die jeweiligen nationalen Umsetzungsbestimmungen der (auch bzw. nur) das allgemeine Zivilrecht betreffenden Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG, eingegangen, die u.a. beim „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, vor Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft bzw. Geschlecht schützen. Die Untersuchung beschränkte sich auf den Anwendungsbereich, die verschiedenen Formen von Diskriminierung sowie die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen und nahm dabei, soweit von Nutzen, die europarechtlichen Vorgaben zum Ausgangspunkt.

Während hinsichtlich der verschiedenen Diskriminierungsformen – der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung, der (sexuellen) Belästigung und der Diskriminierungsanweisung – sowohl zwischen den nationalen Umsetzungsbestimmungen, als auch in deren Verhältnis zum gemeinschaftsrechtlichen Sekundärrecht nur marginale Unterschiede bestehen, kann Selbiges nicht in Bezug auf die Geltung des Diskriminierungsverbots behauptet werden.

Der deutsche Gesetzgeber ist mit den in den §§ 19 ff. AGG enthaltenen Bestimmungen „zum Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr“ insoweit über die europarechtlichen Vorgaben hinausgegangen, als er beschränkt auf Massengeschäfte, bzw. sog. massenähnliche Geschäfte und Privatversicherungsverträge neben Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht auch die Merkmale Alter, Religion, Behinderung und sexuelle Identität in den Schutzbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots einbezieht. Der Schutz dieser Merkmale ist auf Gemeinschaftsebene lediglich im Rahmen von Beschäftigung und Beruf vorgesehen.

⁹⁴⁸ Vgl. dazu *Barbera*, GDLRI 2003, 399 (401).

Die Kritik, die in Deutschland bereits mit Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien aufgekommen war, wurde durch diese überschießende Umsetzung nur noch verstärkt: Im Zentrum der Diskussionen stand und steht dabei die (angebliche) Unvereinbarkeit eines (derart weit gefassten) zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots mit der über Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Privatautonomie. Dass die Antidiskriminierungsvorschriften – deren Bedeutung und Funktion darin liegt, die Ausübung der jedermann zustehenden formalen Vertragsfreiheit auch tatsächlich zu ermöglichen – mit der bestehenden Rechtsordnung durchaus vereinbar sind, wurde bereits in Teil eins dargelegt. Dass die Vertragsfreiheit des Anbieters trotz der durch den nationalen Gesetzgeber vorgenommenen Ausweitung des Diskriminierungsschutzes auf weitere Merkmale nicht über das erforderliche Maß hinaus eingeschränkt ist, wird u.a. durch die im Rahmen des Anwendungsbereichs enthaltenen abgestuften Regelungen verdeutlicht, die einen Ausgleich zwischen der Selbstbestimmung des Diskriminierenden und der Privatautonomie des potentiellen Opfers ermöglichen. Differenzierte Lösungen werden zudem durch weitere Ausnahmeregelungen ermöglicht, die sowohl im Allgemeinen Teil, als auch im Rahmen der dem Zivilrechtsverkehr gewidmeten Bestimmungen vorhanden sind, und die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen bzw. das Vorliegen einer Benachteiligung ausschließen können: „Ausweichmöglichkeiten“ bietet nicht nur § 20 AGG – der außer dem Grundtatbestand des „sachlichen Grundes“ weitere (zudem nicht abschließende) Regelbeispiele enthält, die Rechtfertigungsgründe für unterschiedliche Behandlungen enthalten; bei Wohnraumvermietungen werden sogar so weitgehende Einschränkungen vorgenommen, dass die Europarechtskonformität der Regelungen nicht zweifelsfrei angenommen werden kann.

In Italien hingegen sind die Umsetzungsbestimmungen der Richtlinie 2004/113/EG bisher nahezu unbeachtet geblieben. Der italienische Gesetzgeber hat hier für eine Ergänzung des erst im Jahr 2006 erlassenen „*Codice delle pari opportunità*“ plädiert und die sekundärrechtlichen Vorgaben zu einem Großteil nahezu wörtlich in dessen Drittes Buch, das der „Chancengleichheit von Mann und Frau in wirtschaftlicher Hinsicht“ gewidmet ist, integriert.

Kritik hat dem nationalen Gesetzgeber insbesondere die Wahl eingebracht, die Inhalte der einzelnen Richtlinien auf „mechanische“ Art und Weise und getrennt voneinander umzusetzen. Vor allem die gemeinsame Umsetzung der im gleichen Jahr erlassenen und sich im Anwendungsbereich nicht unwesentlich überschneidenden Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG hätte sich angeboten, um den Schutz vor den

dort genannten Merkmalen ähnlich wie im AGG zu vereinheitlichen – und so manche nun bestehende „Ungleichheit“ im Diskriminierungsschutz vermeiden helfen können.

In Bezug auf die Umsetzung der Antirassismusrichtlinie durch das *decr. leg.* Nr. 215/2003 kann zwar grundsätzlich positiv bewertet werden, dass dieses die bereits seit 1998 bestehenden Bestimmungen des sog. *T.U. Immigrazione* ausdrücklich aufrechterhalten will: Denn das zeitlich ältere Regelwerk geht insofern über den im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 vorgesehenen Schutz (der sich auf Diskriminierungsverbote aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft beschränkt) hinaus, als er auch vor Diskriminierungen aufgrund der Religion und der Nationalität schützt. Allerdings fehlt es an einer geordneten Koordination zwischen den beiden Regelwerken: Dies betrifft sowohl den Anwendungsbereich, als auch den Begriff der Diskriminierung. Angesichts der erheblichen Auslegungsschwierigkeiten ist eine Korrektur durch den Gesetzgeber dringend angezeigt.

ZIVILRECHTLICHER SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG
IM SPIEGEL DER EUROPÄISCHEN ENTWICKLUNG: DEUTSCHLAND UND ITALIEN IM VERGLEICH

TEIL 5

SANKTIONEN UND RECHTSSCHUTZ GEGEN DISKRIMINIERUNG IN DEN NATIONALEN UMSETZUNGSBESTIMMUNGEN

A. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot

I. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben

Die Frage nach den Sanktionen bzw. den Rechten und Ansprüchen ist neben den Regeln zur Beweislast und den prozessualen Vorschriften für die Praktikabilität und Effektivität des Antidiskriminierungsrechts von entscheidender Bedeutung⁹⁴⁹. Andererseits ist hier ganz besonders auf eine systemgerechte Einpassung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in die nationalen Rechtssysteme zu achten, da gerade der Sanktionsapparat eng an die Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen geknüpft ist⁹⁵⁰. Insbesondere im Rahmen der Umsetzung des Anspruchs auf Schadensersatz hat dies zahlreiche Diskussionen ausgelöst.

Zwar überlassen die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG die Entscheidung über die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot innerhalb

⁹⁴⁹ Vgl. *Liebscher*, STREIT 2005, 100 (107), *Henning/Baer*, STREIT 2002, 169 (175), *Maffeis*, Offerta al pubblico e divieto di discriminazione, S. 271 ff., *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 315 (315) und *Guariso*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 579 ff.

⁹⁵⁰ *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 315 (316), *Riesenhuber*, in Riesenhuber, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 32.

eines festgelegten Mindeststandards den Mitgliedstaaten⁹⁵¹: Ohne mögliche Rechtsfolgen abschließend aufzuzählen, verlangt der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen⁹⁵². Da Schadensersatzleistungen lediglich beispielhaft genannt werden, ist gleichzeitig ausgeschlossen, dass sich die mitgliedstaatliche Rechtsfolgenregelung in der Gewährung von Schadensersatz erschöpfen darf⁹⁵³. Die Gleichbehandlungsrichtlinie spezifiziert zudem, dass der dem Diskriminierten entstandene Schaden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss“⁹⁵⁴.

Hinsichtlich der Umsetzung der Gemeinschaftsvorgaben im Allgemeinen und der Konkretisierung unbestimmter Rechtsfolgenanordnungen im Konkreten hat der EuGH jedoch zwei Grundsätze aufgestellt, die von den Mitgliedstaaten beachtet werden müssen: zum einen darf die Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gegenüber der Durchsetzung von Rechten aus dem nationalen Recht nicht ungünstiger gestaltet sein, d.h. die Sanktionen für die Verletzung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechte müssen den für die Verletzung von aus dem nationalen Recht abgeleiteten Rechten gleichwertig sein (sog. Äquivalenzgrundsatz)⁹⁵⁵; zum anderen darf die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden, d.h. die Sanktionen für die Verletzung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechte müssen sicherstellen, dass diese auch effektiv durchgesetzt werden (sog. Effektivitätsgrundsatz)⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ Die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, die Festsetzung der Sanktionen den Mitgliedstaaten zu überlassen, erklärt auch die in den Richtlinien getroffene Wortwahl, dass es Diskriminierungen „nicht geben darf“ (Art. 2 Abs. RL 2000/43/EG) bzw. dass sie „nicht erfolgen dürfen“ (Art. 4 Abs. 1 RL 2004/113/EG), anstatt – wie es im Privatrecht zu erwarten wäre – ihre „Unwirksamkeit“ oder „Nichtigkeit“ festzulegen, vgl. *Basedow*, ZEuP 2008, 230 (238 f.).

⁹⁵² Art. 15 RL 2000/43/EG bzw. Art. 14 RL 2004/113/EG. Vgl. auch Erw.grund sechszwanzig RL 2000/43/EG und Erw.grund siebenundzwanzig RL 2004/113/EG.

⁹⁵³ *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 315 (317).

⁹⁵⁴ Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113/EG. Zur Bedeutung dieser Vorgaben auch *Guariso*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 585 f.

⁹⁵⁵ EuGH Rs. C-180/95 (*Draempaehl*), Slg. 1997, I-2195.

⁹⁵⁶ Vgl. Schon EuGH Rs. C-33/76 (*Rewe*); EuGH Rs. C-473/00 (*Cofidis*), Slg. I-10875 dazu *Rott*, EuZW 2003, S. 5 ff., *Guariso*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 582. Zur Konkretisie-

Speziell im Bereich Diskriminierungsschutz hat der EuGH bereits Mitte der achtziger Jahre entschieden⁹⁵⁷, dass die Mitgliedstaaten die Sanktionen für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zwar frei auswählen können, dass diese aber jedenfalls geeignet sein müssen, einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, sowie eine abschreckende Wirkung gegenüber dem Diskriminierenden haben müssen⁹⁵⁸. Die praktische Wirksamkeit einer Sanktion hält der EuGH für erheblich beeinträchtigt, wenn beispielsweise erst das Verschulden des Diskriminierenden nachgewiesen werden muss; deshalb hat er den Grundsatz aufgestellt, dass der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen muss, um die volle Haftung des Diskriminierenden zu begründen⁹⁵⁹.

Die Vorgabe der „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen“ positiviert und konkretisiert diese vom EuGH entwickelten Grundsätze. Auch die genannte Regelung des Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG gründet sich auf die Rechtsprechung des EuGH, wie sie auf der Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes zur Richtlinie 76/207/EWG entwickelt worden ist⁹⁶⁰.

rung des Effektivitätsprinzips in der Rechtsprechung des EuGH zu Ausschluss- und Verjährungsfristen *Micklitz*, WM 2005, 536 (541 ff.).

⁹⁵⁷ EuGH Rs. 14/83 (Colson/Kamann) Slg. 1983, I-1891 und EuGH Rs. C-79/83 (Harz), Slg. 1983, I-1921.

⁹⁵⁸ Bei einem Entschädigungsanspruch beispielweise soll dies nur dann der Fall sein, wenn dieser „über einen rein symbolischen Schadensersatz“ hinausgeht, d.h. in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht (EuGH Rs. 14/83 (Colson/Kamann) Slg. 1983, I-1891, Rn. 23, 24). Eine chronologische Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Bereich Sanktionen und Rechtsmittel findet sich bei *Guariso*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 580 ff.

⁹⁵⁹ EuGH Rs. C-180/95 (Draempaehl), Slg. 1997, I-2195.

⁹⁶⁰ Vgl. EuGH Rs. C-271/91 (Marshall II), Slg. 1993, I-4367: Dort hat das Gericht im Rahmen der Geschlechterdiskriminierung festgestellt, dass der Schadensersatz angemessen sein, d.h. alle die infolge der Diskriminierung tatsächlich entstandenen Schäden vollumfänglich ersetzen muss, und dass eine im Vorhinein festgesetzte Höchstgrenze unwirksam ist. Dieses Verbot findet sich nunmehr speziell in Art. 8 Abs. 2 Satz 2 RL 2004/113/EG wieder, wonach die vorherige Festsetzung einer Höchstgrenze die Ausgleichs- oder Ersatzpflicht nicht einschränkt. Dagegen sieht die Antirassismusrichtlinie eine solche Regelung nicht vor. Dies wurde von zahlreichen Mitgliedstaaten dazu genutzt, im Rahmen von Diskriminierungen aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft Schadensersatzhöchstgrenzen einzuführen. Im deutschen wie auch im italienischen Rechtssystem wäre dies problematisch gewesen, da beide Systeme im Falle der Verletzung nationaler Rechte keine Schadensersatzhöchstgrenzen vorsehen, und sich daher das Problem der Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes gestellt hätte; vgl. näher *Guariso*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 582, 586 f. m.w.N.

Neben der innerhalb der Grenzen des Effektivitätsgrundsatzes den Mitgliedstaaten gewährten Autonomie bei der Festsetzung des Sanktionsapparats geben die beiden Richtlinien mit zivilrechtlichem Inhalt den Mitgliedstaaten schließlich die Möglichkeit, Fristen für die Rechtsverfolgung festzulegen⁹⁶¹. Auch hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass der EuGH bereits im Jahre 1976 festgestellt hat, dass nationale Verfahrensregeln und Fristen die Verfolgung von Pflichten, die die innerstaatlichen Gerichte schützen müssen, nicht praktisch unmöglich machen dürfen⁹⁶².

Die Frage danach, wie der jeweilige nationale Gesetzgeber diese bei der Festsetzung der Rechtsfolgen ihm gewährte (begrenzte) Autonomie genutzt hat, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

I. Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat sich im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden „Freiräume“ dafür entschieden, Folgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot lediglich auf zivilrechtlicher Ebene festzusetzen und auf öffentlich-rechtliche Elemente wie Bußgelder oder behördliche Aufsicht vollständig zu verzichten⁹⁶³.

Die Gesetzesbegründung zur Regelung der Ansprüche in § 21 AGG stellt im Übrigen klar, dass ergänzend die Vorschriften des BGB Anwendung finden, da es sich bei dem zivilrechtlichen Teil des AGG um einen sondergesetzlich geregelten „Bestandteil einer einheitlichen Privatrechtsordnung“ handelt⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ Art. 7 Abs. 3 RL 2000/43/EG und Art. 8 Abs. 4 RL 2004/2113/EG.

⁹⁶² EuGH Rs. C-33/76 (Rewe), Slg. 1976, I-1989. Zu den Entwicklungen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes speziell im Hinblick auf nationale Ausschlussfristen *Rott*, EuZW 2003, 5 ff.

⁹⁶³ Dies gilt auch für den 2. Abschnitt des AGG, der den Bereich Beschäftigung und Beruf betrifft, näher dazu *Schiek-Kocher*, AGG, Vorbem. zu § 13, Rn. 1 ff. Vor Erlass des AGG war zum Teil für die Einführung von Ordnungswidrigkeitentatbeständen anstatt Schadensersatzpflichten plädiert worden, vgl. *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (775).

⁹⁶⁴ BT-Drucks. 16/1780, 45, wo es allerdings versehentlich § 22 statt § 21 heißt. „§ 21 als Konkretisierung und Modifizierung bekannter Ansprüche“, so Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 185.

1. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

§ 21 Abs. 1 AGG gewährt dem Benachteiligten bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot „unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung“ (Satz 1); sind „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen“, kann der Benachteiligte zudem „auf Unterlassung klagen“ (Satz 2). Erfasst werden damit sowohl gegenwärtige wie auch zukünftige Beeinträchtigungen. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sind im deutschen Recht sowohl aus dem BGB als auch aus anderen privatrechtlichen Gesetzen bekannt⁹⁶⁵; sie sind, anders als grundsätzlich Schadensersatzansprüche, verschuldensunabhängig⁹⁶⁶.

Der Beseitigungsanspruch zielt inhaltlich darauf ab, die in der Benachteiligung liegende persönliche Herabwürdigung, d.h. einen durch die Beeinträchtigung geschaffenen andauernden benachteiligenden Zustand für die Zukunft zu beheben. Allerdings werden von diesem sog. Unrechtsabwehranspruch nicht alle durch die Benachteiligung verursachten Folgen erfasst: Nachteile, die sich erst als weitere Folge aus dem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ergeben (wie beispielsweise die dem Betroffenen durch das Entgehen verbilligter Einkaufsmöglichkeiten entstandenen Nachteile), werden nicht erfasst⁹⁶⁷. Vielmehr muss die Herstellung des Zustands, der ohne die Benachteiligung gegenwärtig bestehen würde, vom Betroffenen im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz nach § 20 Abs. 2 AGG geltend gemacht werden⁹⁶⁸.

In Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen führt ein Beseitigungsanspruch dazu, dass sich der Anbieter erneut mit dem Anliegen des Benachteiligten „zu befassen“ und diesbezüglich eine benachteiligungsfreie Entscheidung zu treffen hat⁹⁶⁹. Dies kann im Falle eines Vertragsschlusses mit nachteiligen

⁹⁶⁵ Vgl. § 1004 BGB, § 8 UWG und § 33 GWB.

⁹⁶⁶ Vgl. nur Palandt-Bassenge, BGB, § 1004, Rn. 13.

⁹⁶⁷ Dies ist unbestritten, vgl. Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 191, Rust-Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 4 (Fn. 5), Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 4.

⁹⁶⁸ Die Einführung eines Folgenbeseitigungsanspruchs (so noch § 319 BGB-DiskE) wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgegeben. Zur Kritik an dieser zunächst vorgesehenen Bestimmung Neuner, JZ 2003, 57 (66).

⁹⁶⁹ Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, R. 165.

Konditionen einen Anspruch auf Vertragsanpassung für die Zukunft zur Folge haben⁹⁷⁰. Fraglich und umstritten sind jedoch vor allem die Folgen im Falle einer Verweigerung des Vertragsschlusses, allem voran die Frage nach einem Anspruch des Diskriminierungsopfers auf Vertragsabschluss⁹⁷¹. Das Problemfeld des bisher im Rahmen von § 826 BGB diskutierten, dort allerdings „zur Studentenmaterie verkümmerten“ Kontrahierungszwangs könnte damit im Rahmen der Diskriminierungsgesetzgebung „wieder zu spezialgesetzlichen Ehren“ kommen⁹⁷².

Zwar deutet schon der Wortlaut des § 21 Abs. 1 AGG – der Benachteiligte kann die „Beseitigung der Beeinträchtigung“ verlangen – auf einen Kontrahierungszwang hin: Denn wie, wenn nicht durch einen Vertragsschluss, sollte die *Beeinträchtigung* ansonsten *beseitigt* werden?⁹⁷³ Während allerdings ein Anspruch auf Vertragsschluss in dem Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes aus dem Jahr 2005 noch enthalten war⁹⁷⁴, entbehrt der zivilrechtliche Teil des AGG nunmehr einer Regelung. Daraus kann

⁹⁷⁰ Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 5. In diesen Fällen wird meist Nichtigkeit des überschießenden Teils nach § 134 BGB vorliegen und der Preis auf das zulässige („diskriminierungsfreie“) Maß zurückgeführt werden, vgl. näher Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 211, 256.

⁹⁷¹ Für einen Kontrahierungsanspruch Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 21, Rn. 207 ff., Maier-Reimer, NJW 2006, 2577 (2582), Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085 (1098), Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 8 ff., Meinel/Heyn/Herms, AGG, § 21, Rn. 11 f., wohl auch Rust/Falke-Bittner, AGG § 21, Rn. 14, Thüsing/v. Hoff, NJW 2007, 21 ff. (die ihn aber als „ungeeignete Sanktion“ bezeichnen). Dagegen Bachmann, ZBB 2006, 257 (265 f.), Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 189 und (vor Verabschiedung des AGG) Busche, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 159 (174 f.)

⁹⁷² Vgl. die Überlegungen bei Schmidt K., AcP 2006, 169 (189 f.).

⁹⁷³ Wagner/Potsch, JZ 2006, 2085 (1098), Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 9. Hinsichtlich der Konstruktion des Kontrahierungszwangs – eine altbekannte Debatte, die im Rahmen des AGG neue Aktualität erlangt, plädiert man im Rahmen des AGG einstimmig für einen verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch (vgl. Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 10 f., Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 208, § 21 und (allerdings i.E. unter Ablehnung eines Kontrahierungszwangs) Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 21, Rn. 189). Im Kartellrecht so nunmehr auch BGH, NJW 1996, S. 3005. Die Herleitung der Verpflichtung zum Vertragsschluss als Form der Naturalrestitution wird überwiegend abgelehnt (von einer „gekünstelten Rechtskonstruktion“ spricht Schmidt K., AcP 2006, 169 (191)), da es nicht das Ziel ist, eine durch die Vertragsverweigerung eingetretene Vermögenseinbuße wieder gutzumachen und dadurch einen früheren Zustand – der ja gerade durch Vertragslosigkeit gekennzeichnet ist – wiederherzustellen, sondern darum, das rechtswidrige Unterlassen – und damit die Rechtsbeeinträchtigung des abgewiesenen Vertragsinteressenten – zu beseitigen, vgl. Staudinger-Busche, Eckpfeiler des Zivilrechts, S. 234.

⁹⁷⁴ Der damalige § 22 Abs. 2 ADG-E lautete: „Im Falle einer Vertragsverweigerung kann der Diskriminierte einen Vertragsschluss nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre“, vgl. BT-Drucks. 15/5717, 14.

jedoch nicht automatisch der Umkehrschluss gezogen werden, der Gesetzgeber hätte einen Kontrahierungszwang ausschließen wollen. Denn auch die damalige Regelung sollte lediglich eine „klarstellende Funktion“ haben und keine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellen: Vielmehr wurde in der Gesetzesbegründung auf bereits bekannte Konstruktionen – den Vertragsschluss als Naturalrestitution im Sinne von § 249 BGB oder als Folgenbeseitigungsanspruch – verwiesen⁹⁷⁵. Da sich der Anspruch daher auch weiterhin aus dem geltenden Recht ergeben müsste, hat das Schweigen des AGG-Gesetzgebers eine äußerst geringe Aussagekraft⁹⁷⁶.

Hält man sich den arbeitsrechtlichen Teil des AGG vor Augen, wo in § 15 Abs. 6 ausdrücklich festgelegt ist, dass bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ein Anspruch auf Vertragsschluss (und damit auf Begründung des Beschäftigungsverhältnisses) *nicht* besteht⁹⁷⁷, könnte man im Umkehrschluss anbringen, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung auch im zivilrechtlichen Teil hätte vorsehen können bzw. müssen, hätte er eine solche denn gewollt⁹⁷⁸. Zudem wäre der ausdrückliche Ausschluss eines Kontrahierungszwangs im arbeitsrechtlichen Teil überflüssig, wenn sich ein Zwang zum Vertragsschluss anders ohnehin nicht ergeben könnte⁹⁷⁹. Daher spricht auch die systematische Auslegung zugunsten der Möglichkeit eines Anspruchs auf Vertragsschluss.

Wenig überzeugend ist es, einen derartigen Anspruch mit dem Argument abzulehnen, dass dieser sowohl eine strukturelle Unterlegenheit als auch ein existentielles Angewiesensein voraussetze⁹⁸⁰. Damit wäre der Benachteiligte in der Ausübung seiner tatsächlichen Vertragsfreiheit unzulässig beschränkt⁹⁸¹: Vertragsfreiheit wird durch Dis-

⁹⁷⁵ Gesetzesbegründung zum ADG-Entwurf, BT-Drucks. 15/4538, 43. Zur Konstruktion des Kontrahierungszwangs vgl. aber bereits Fn. 973 a.E.

⁹⁷⁶ So insbesondere Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 186, der das Schweigen des jetzigen Gesetzgebers als sybillinisch bezeichnet, sowie Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn 207 („hinsichtlich der Grundlage des Kontrahierungszwangs keinerlei Veränderung“).

⁹⁷⁷ Diese Bestimmung stimmt mit der Regelung des früheren § 611 a II Hs. 2 BGB überein.

⁹⁷⁸ In diese Richtung Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 185 und Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 14.

⁹⁷⁹ Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 10.

⁹⁸⁰ So Korell, Jura 2006, 1 (8), Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 189.

⁹⁸¹ Dann verbliebe nur ein enger Bereich des „sozialen Vertragsrechts“, so Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 8.

kriminierung genauso bedroht, wie durch überlegene Marktmacht. Daher muss demjenigen, der die ihm gewährte Vertragsfreiheit bewusst gegen grundlegende Entscheidungen des Grundgesetzes einsetzt – dessen Werteordnung und namentlich Art. 3 GG auch auf das Privatrecht einstrahlt⁹⁸² – aktiv entgegengetreten werden⁹⁸³. Zum Schutz des Interesses des Benachteiligten am *konkreten Vertragsschluss* ist dem aber nicht mit Sanktionen durch Schadensersatzansprüche genüge getan⁹⁸⁴.

Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung zu diesem Problem Position beziehen wird; eine ausdrückliche gesetzgeberische Regelung zum Kontrahierungszwang wäre jedenfalls wünschenswert gewesen, da sie zumindest für Klarheit gesorgt hätte.

Damit ein Anspruch auf Vertragsschluss aber überhaupt bejaht werden kann, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein: zum einen müsste der Vertrag ohne Diskriminierung gerade mit dem Betroffenen geschlossen worden sein⁹⁸⁵, d.h. der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot muss für das Nichtzustandekommen des Vertrages ursächlich gewesen sein. Ein Entlastungsnachweis wird dabei für den Anbieter meist schwierig sein, denn bei Massengeschäften und „Beinahe-Massengeschäften“ ist grundsätzlich anzunehmen, dass ein Unternehmer die angebotenen Leistungen in ausreichender Kapazität vorrätig hat und zum Vertragsabschluss bereit ist⁹⁸⁶. Weitere Voraussetzung des Kontrahierungszwangs ist die Verfügbarkeit des in Frage stehenden Vertragsgegenstands; ist die begehrte Ware bzw. Dienstleistung nicht stark begrenzt, wird bei Massengeschäften auch das Problem der Unmöglichkeit⁹⁸⁷ grundsätzlich keine größeren Probleme bereiten. Die Rechtsprechung des BGH, der betont, dass Unmöglichkeit erst dann vorliegt, wenn der Rückerwerb der Sache endgültig ausgeschlossen ist⁹⁸⁸, spricht zudem gegen eine vorschnelle Bejahung der Unmöglichkeit: Erst wenn der Anbieter die Verfügungsmacht über den Gegenstand nicht wieder erlangen wird, ist die Erbringung der Leistung

⁹⁸² Dazu ausführlich oben Teil 3, A.III.

⁹⁸³ Daher zieht hier auch der Verweis auf die dem Anbieter zustehende negative Abschlussfreiheit nicht. So aber Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 189.

⁹⁸⁴ Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 209.

⁹⁸⁵ Zu dessen Gunsten greift allerdings die Beweislastregel des § 22 AGG, dazu näher unten B.II.1.

⁹⁸⁶ Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 16, Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 11. Vgl. Reichold, JZ 2004, 384 (392).

⁹⁸⁷ Vgl. § 275 Abs. 1 BGB.

⁹⁸⁸ Vgl. bspw. BGHZ 131, 176 (183), BGHZ 141, 179 (181).

unmöglich. Dabei bestimmen sich Umfang und Ausmaß der Aufwendungen, die er zur Wiedererlangung des Gegenstands tätigen muss, im Einzelfall unter Berücksichtigung der Zumutbarkeitsgrenze des § 275 Abs. 2 BGB⁹⁸⁹.

Damit ein Kontrahierungsanspruch entstehen und im Prozess wirksam durchgesetzt werden⁹⁹⁰ kann, muss der Zielvertrag schließlich hinreichend bestimmt sein. Grundsätzlich ist dies bei Massengeschäften und „massenähnlichen Geschäften“ zumindest in Bezug auf den erstrebten Leistungsgegenstand unproblematisch, da es sich in diesen Fällen ganz überwiegend um industriell hergestellte Waren und standardisierte Dienstleistungen handelt. Auch die Gegenleistung wird sich meist ermitteln bzw. bestimmen lassen, da der Vertrieb der Ware grundsätzlich nach öffentlichen Preisangaben oder Listenpreisen erfolgt⁹⁹¹.

Vom Beseitigungsanspruch nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG grenzt sich der in Satz 2 gewährte Unterlassungsanspruch dadurch ab, dass es hier nicht um gegenwärtige, sondern um zukünftige Beeinträchtigungen, und damit um die Abwehr bzw. Verhinderung drohender Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot geht. Nach dem Wortlaut von § 21 Abs. 1 Satz 2 AGG ist die Besorgung „weiterer Beeinträchtigungen“ Voraussetzung. Damit geht die Regelung davon aus, dass eine Beeinträchtigung bereits stattgefunden hat und dass eine Wiederholungsgefahr⁹⁹² besteht. Eine solche wiederum wird vermutet, wenn bereits ein rechtswidriger Eingriff erfolgt ist. An die Widerlegbarkeit dieser tatsächlichen Vermutung werden im Interesse des Rechtsschutzsuchenden besonders hohe Anforderungen gestellt⁹⁹³.

⁹⁸⁹ Dies bedeutet, dass im Fall der Vermietung einer Wohnung an einen Dritten nicht von vornherein Unmöglichkeit vorliegt, denn der Dritte könnte beispielsweise bereit sein, gegen Zahlung einer Abfindung das Vertragsverhältnis vorzeitig zu beenden, detailliert mit Beispielsfällen Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 217, Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 10.

⁹⁹⁰ Zur Durchsetzung des Kontrahierungsanspruchs im Zivilprozess vgl. ausführlich Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 218 ff.

⁹⁹¹ In den Fällen, in denen eine *invitatio ad offerendum* vorliegt, wird die Spezifizierung der Vertragsbedingungen durch die §§ 315 ff. BGB erreicht: Der Benachteiligende hat demnach die Möglichkeit, die Gegenleistung nach § 316 BGB zu bestimmen. Trifft er diese nicht nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB), wird die Bestimmung durch eine gerichtliche Festlegung ersetzt (§ 315 Abs. 3).

⁹⁹² Nach der Rechtsprechung ist eine Wiederholungsgefahr eine „auf Tatsachen gegründete objektiv ernstliche Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen“, vgl. BGH, NJW 2004, 1035 (1036) zu § 1004 BGB. Vgl. auch Palandt-Bassenge, BGB, § 1004, Rn. 32.

⁹⁹³ So die Rechtsprechung zu § 1004 BGB, vgl. BGHZ 140, 1 (11). Näher dazu mit Beispielsfällen Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 197.

Trotz des Wortlauts muss der Unterlassungsanspruch aber auch vorbeugend geltend gemacht werden können⁹⁹⁴. Zu Recht wird hier auf den bereits genannten gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz verwiesen, denn die Sanktionen wären wenig wirksam, müsste erst ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot abgewartet werden, bevor ein Anspruch geltend gemacht werden kann. Der präventive Zweck der Vorschrift kann erst dann erreicht werden, wenn auch derjenige geschützt wird, dem *erstmalig* eine Benachteiligung droht⁹⁹⁵. Voraussetzung ist in diesem Fall eine sog. Erstbegehungsgefahr, die grundsätzlich dann vorliegt, wenn „ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der Anspruchsgegner sich in naher Zukunft in einer näher bezeichneten Weise durch Missachtung des Benachteiligungsverbots rechtswidrig verhalten wird“⁹⁹⁶. Die tatsächlichen Umstände, aus denen sich eine solche Erstbegehungsgefahr ergibt, sind dabei vom Betroffenen darzulegen und zu beweisen⁹⁹⁷.

2. Schadensersatzanspruch

Wer einen Kontrahierungsanspruch verneint, tut dies teilweise mit Hinweis auf ein wesentlich sinnvollereres bzw. nützlicheres Rechtsmittel⁹⁹⁸: Den Anspruch auf Schadensersatz. § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG verpflichtet den Benachteiligenden dazu, bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbots „den hierdurch entstandenen Schaden zu

⁹⁹⁴ Anerkannt ist ein vorbeugender Unterlassungsanspruch auch bei § 1004 BGB, vgl. BGHZ 138, 311 (321).

⁹⁹⁵ Rust-Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 12.

⁹⁹⁶ Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 198 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁹⁹⁷ Beispielhaft wird in der Literatur auf den Fall des Taxifahrers verwiesen, der angibt, es sei „allein ihm überlassen“, ob er mit seinem Fahrzeug Behinderte befördern wolle; er kann selbst dann schon in Anspruch genommen werden, wenn er eine Mitnahme noch nicht verweigert hat. Vgl. näher Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 21, Rn. 198.

⁹⁹⁸ Der Schadensersatz als „eigentlich zielführendes Sanktionsinstrument“, so Busche, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 175 (noch in Bezug auf den ADG-E); ähnlich Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 190. Vgl. auch schon Medicus, Schuldrecht I, Rn. 84, der feststellt, dass ein gerichtlich erzwungener Vertragsschluss lediglich einen „zähneknirschenden Scheingehorsam“ bewirkt.

ersetzen“⁹⁹⁹. Der Benachteiligte muss demnach so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die Benachteiligung nicht erfolgt wäre (vgl. § 249 Abs. 1 BGB). Ersatzfähig sind somit sämtliche kausal auf der Benachteiligung beruhenden Vermögenseinbußen, wie beispielsweise Verzögerungsschäden oder ein entgangener Gewinn¹⁰⁰⁰. Insoweit geht der Schadensersatzanspruch über den Anspruch auf Beseitigung hinaus, da letzterer Folgeschäden oder mittelbaren Nachteile nicht mitumfasst¹⁰⁰¹.

Trotz Verletzung des Benachteiligungsverbots liegt eine Pflicht zum Ersatz des Vermögensschadens nach Satz 2 aber dann nicht vor, wenn der Benachteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dieser rechtshindernde Umstand ist nach der negativen Formulierung des § 21 Abs. 2 Satz 2 BGB vom Anspruchsgegner darzulegen und zu beweisen.

Fraglich ist allerdings, ob die Ausgestaltung als verschuldensabhängiger Anspruch den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird. Wie bereits dargestellt, hat der EuGH ein Anknüpfen des Schadensersatzanspruchs an das Vertretenmüssen als Verstoß gegen die Richtlinie 76/207/EWG gewertet¹⁰⁰². Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung wird die Regelung des § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG teilweise als mit den europarechtlichen Vorgaben bzw. dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar angesehen. Um diesem Grundsatz nachzukommen, sei es nicht ausreichend, lediglich die Beweislast auf den Benachteiligten zu verlagern, ihn aber bei fehlendem Verschulden nicht schadensersatzpflichtig zu machen¹⁰⁰³. Von anderer Seite wird geltend gemacht, dass diese im Bereich des Arbeitsrechts entwickelte Rechtsprechung nicht so ohne weiteres auf das Zivilrecht übertragbar sei; dem Benachteiligten stünden ja zumindest

⁹⁹⁹ Die Regelung des Vermögensschadens entspricht strukturell der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten Grundhaftungsnorm des § 280 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB, an die sich der AGG-Gesetzgeber angelehnt hat, vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 46. An die Stelle der in § 280 Abs. 1 Satz 1 genannten “Pflichten aus dem Schuldverhältnis” tritt dabei in § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG die Verletzung des Benachteiligungsverbots; näher Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 224 f.

¹⁰⁰⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/1780, 46. Beispiele für ersatzfähige materielle Schäden bei Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 15.

¹⁰⁰¹ Meinel/Heyn/Herms, AGG, § 21, Rn. 18, sowie (mit Beispielsfällen) Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 15. Vorschläge zur konkreten Schadensberechnung bei Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085 (1099 f.).

¹⁰⁰² Vgl. EuGH Rs. C-177/88 (Dekker), Slg. 1990, I-3941 sowie Rs. C-180/95 (Draempael), Slg. 1997, I-2195.

¹⁰⁰³ Zweifel an der Vereinbarkeit äußern beispielsweise Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 226, und (bezüglich der parallelen arbeitsrechtlichen Regelung) Liebscher, STREIT, 2005, 100 (102).

verschuldensunabhängige Abwehransprüche zu, die – da sie im Gegensatz zum Arbeitsrecht unter bestimmten Voraussetzungen auch einen Kontrahierungszwang begründen können – eine ausreichend effektive und abschreckende Sanktion darstellen würden¹⁰⁰⁴.

Zunächst einmal muss zwar zugegeben werden, dass das Problem bei Belästigungen und unmittelbaren Diskriminierungen von geringer Bedeutung sein wird: Da erstere den Zweck verfolgen müssen, die Würde der betreffenden Person zu verletzen, und letztere ein bewusstes Anknüpfen an eines der geschützten Merkmale voraussetzen, wird hier ein Entlastungsbeweis nur sehr schwer zu führen¹⁰⁰⁵, und die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs grundsätzlich unproblematisch sein. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang aber festgestellt, dass sich der nationale Gesetzgeber nicht darauf berufen kann, dass der „Entlastungsbeweis bei der unmittelbaren Diskriminierung kaum praktisch werden“ würde¹⁰⁰⁶. Zudem stellt sich zumindest bei mittelbaren Diskriminierungen die Lage anders dar: Wenn der Benachteiligte nämlich nachweist, dass er selbst bei gebotener Sorgfalt nicht erkennen konnte, dass die nur scheinbar neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zu einer unzulässigen Benachteiligung führen würden, hat er die Benachteiligung nicht zu vertreten¹⁰⁰⁷, und kann daher auf Ersatz des Vermögensschadens nach § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht in Anspruch genommen werden. In diesen Fällen spielt die Möglichkeit der Exkulpation also durchaus Rolle; ein Schadensersatzanspruch des Benachteiligten wird hier nicht selten leer laufen.

Um die Frage der Europarechtskonformität richtig einordnen und bewerten zu können, muss eine Gesamtbetrachtung der dem Benachteiligten zur Verfügung stehenden Ansprüche erfolgen; denn erst dann wird klar, ob die zur Verfügung stehenden Sanktionen in ihrer Gesamtheit ausreichend effektiv, verhältnismäßig und abschreckend sind. In diesem Rahmen muss daher auch die Tatsache Berücksichtigung finden, dass dem Opfer nach § 21 Abs. 2 Satz 3 ein Ersatz des immateriellen Schadens

¹⁰⁰⁴ *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1086 (1099), ähnlich *Busche*, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 176.

¹⁰⁰⁵ Vgl. auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 46. A.A. Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 18.

¹⁰⁰⁶ EuGH Rs. C-177/88 (Dekker), Slg. 1990, I-3941, Rn. 22.

¹⁰⁰⁷ BT-Drucks. 16/1780, 46.

zusteht¹⁰⁰⁸. Fraglich ist allerdings, ob dieser Anspruch verschuldensabhängig oder verschuldensunabhängig zu gewähren ist.

Da weder Wortlaut noch Gesetzesbegründung¹⁰⁰⁹ eindeutig sind, besteht keine Einigkeit darüber, ob der Gesetzgeber mit § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG eine auf die Sätze 1 und 2 aufbauende Rechtsfolgenregelung schaffen oder eine eigenständige Anspruchsgrundlage normieren wollte¹⁰¹⁰; im ersten Fall wäre von einem verschuldensabhängigen, im zweiten von einem verschuldensunabhängigen Anspruch auf den Nichtvermögensschaden auszugehen. Im Ergebnis wäre es sachlich aber schwer begründbar, warum der Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens nur dann bestehen sollte, wenn der Benachteiligte die Diskriminierung zu vertreten hat, der immaterielle Schaden aber unabhängig vom Verschulden gewährt werden sollte. Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der subjektiven Anforderungen an die Ersatzfähigkeit materieller und immaterieller Schäden nicht differenzieren wollte¹⁰¹¹ und die Normierung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden in § 21 Abs. 2 Satz 3 eine auf die vorhergehenden Sätze aufbauende Rechtsfolgenregelung darstellt.

¹⁰⁰⁸ § 21 Abs. 3 Satz 3 hat folgenden Wortlaut: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.“ Die Vorschrift stellt eine gesetzliche Anordnung der Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens im Sinne von § 253 Abs. 1 BGB dar, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 46.

¹⁰⁰⁹ In der Gesetzesbegründung ist von einem Anspruch aus S.3 „i.V.m.“ Satz 1 die Rede, während Satz 2 nicht erwähnt wird, vgl. BT-Drucks. 16/1780, 46.

¹⁰¹⁰ Die systematische Stellung von Satz 3 wird sowohl für die eine (Rechtsfolgenregelung) als auch für die andere (eigenständige Anspruchsgrundlage) Möglichkeit angebracht, vgl. Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 21 einerseits und Meinel/Heyn/Herms, AGG, § 21, Rn. 21 sowie Busche, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 176 andererseits.

¹⁰¹¹ So Rudolf/Mahmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 182. Im Ergebnis (allerdings ohne Begründung) auch Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 21 und Gaier-Wendtland-Gaier, § 4, Rn. 232. A.A. (verschuldensunabhängiger Ersatz des Nichtvermögensschadens) Maier-Reimer, NJW 2006, 2577 (2581), Meinel/Heyn/Herms, AGG, § 21, Rn. 21, Busche, in Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz, S. 176, Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085 (1098 f.), die die Differenzierung allerdings für wenig überzeugend halten, sowie Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 20, die darauf verweist, dass nicht davon auszugehen ist, der deutsche Gesetzgeber habe „nach den zahlreichen negativen Erfahrungen, die er mit der Regelung des § 611 a BGB machen musste“, wieder eine richtlinienwidrige Regelung treffen wollen. Zu dem entsprechenden Problem bei § 15 AGG Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583 (2588 f.).

Folgt man dem, ist die Europarechtskonformität der Vorschrift ernsthaft zu bezweifeln¹⁰¹², denn die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stehen einer nationalen Regelung entgegen, die die Ersatzfähigkeit sowohl materieller als auch immaterieller Schäden von einem Verschulden des Benachteiligten abhängig macht. Dies gilt umso mehr, als auch die Frage eines Kontrahierungszwangs noch nicht geklärt ist. Im Falle seiner Ablehnung bliebe dem Diskriminierungsopfer bei fehlendem Verschulden lediglich ein Beseitigungsanspruch; dies scheint den durch die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Arbeitsrechts aufgestellten Anforderungen und dem Erfordernis „wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender“ Sanktionen aber keinesfalls zu genügen¹⁰¹³.

Steht dem Diskriminierten im konkreten Fall ein Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens zu, sind im Rahmen seiner Bemessung die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, wobei auch ein eventueller Vorsatz des Benachteiligten eine Rolle spielt¹⁰¹⁴. Die Gesetzesbegründung stellt im Rahmen der Ersatzfähigkeit zwar in erster Linie auf die Genugtuungsfunktion ab¹⁰¹⁵, doch ist nach der stetigen Rechtsprechung des BGH auch der Präventivfunktion der Regelung Rechnung zu tragen, die jedenfalls die Gewährung nur symbolischer Beträge ausschließt¹⁰¹⁶. Es ist

¹⁰¹² *Liebscher*, STREIT 2005, 100 (102), Gaier/Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 226; eindeutiger Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 24: „§ 21 Abs. 2 (...) genügt nicht den europarechtlichen Anforderungen“. Vgl. auch Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 20, die für den Fall eines verschuldensabhängigen Ersatzes des immateriellen Schadens einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz annimmt. A.A. Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 7, Rn. 163 ff., der die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht nicht ohne weiteres auf das Zivilrecht für übertragbar und § 21 Abs. 2 AGG daher für europarechtskonform hält.

¹⁰¹³ Wollte ein Gericht im Rahmen von § 21 AGG daher von der (arbeitsgerichtlichen) Rechtsprechung des EuGH abweichen, wäre zur definitiven Klärung der vorliegend behandelten Frage eine (erneute) Vorlageentscheidung an den EuGH notwendig.

¹⁰¹⁴ BGHZ 18, 149 (157 ff.). Um die Bemessung des zivilrechtlichen Schmerzensgeldes von strafrechtlichen Gesichtspunkten freizuhalten, hatte der BGB-Gesetzgeber die Berücksichtigung des Verschuldens allerdings noch abgelehnt, vgl. Mot. II, S. 17 ff.

¹⁰¹⁵ BT-Drucks. 16/1780, 46. Der Begriff der Genugtuungsfunktion, die bereits im Rahmen des § 847 a.F. BGB (nunmehr § 253 Abs. 2 BGB) betont wurde, stammt zwar aus dem Strafrecht, soll aber keinen „unmittelbaren Strafcharakter haben“, wenn auch im Ausgleichsgedanken „noch heute etwas vom Charakter der Buße mitschwingt“, vgl. näher Körner, NJW 200, 241 (242).

¹⁰¹⁶ BGHZ 128, 1 (16). Andere leiten präventive Elemente bereits direkt aus der Genugtuungsfunktion ab, s. Körner, NJW 200, 241 (242). Vgl. auch Steinbrück, Jura 2004, 439 (441 f.) mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung. Allgemein zur Berechtigung präventiver Schadensfunktionen im Zivilrecht Wagner, AcP 2006, 355 (460).

zwar zuzugeben, dass sowohl die erwähnte Berücksichtigung des Verschuldens als auch der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Benachteiligten und seines Verhaltens nach der Tat¹⁰¹⁷ die Grenzen zur Geldstrafe verschwimmen lässt. Allein auf dieser Grundlage Schreckensszenarien im Hinblick auf die Einführung von *punitive damages* US-amerikanischer Art heraufzubeschwören, erscheint angesichts der zwischen dem deutschen und US-amerikanischen Haftungsrecht bestehenden Unterschiede und der bisherigen Praxis der deutschen Gerichte dennoch nicht gerechtfertigt¹⁰¹⁸.

3. Ausschlussfrist

Die soeben dargestellten Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadensersatz und Entschädigung sind nach § 21 Abs. 5 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend zu machen (Satz 1), ausgenommen der Benachteiligte hat die Frist unverschuldet versäumt (Satz 2)¹⁰¹⁹. Die Verkürzung der Frist von zunächst sechs auf drei und schließlich auf zwei Monate erfolgte auf Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, nach dessen Auffassung der bürokratische Aufwand (gedacht wird insbesondere an die Aufbewahrung von Dokumenten) für Anbieter beschränkt wird,

¹⁰¹⁷ Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 238.

¹⁰¹⁸ „Das deutsche Schadensrecht ist weit davon entfernt, amerikanische Züge anzunehmen“, so das Ergebnis der eingehenden Untersuchung von Steinbrück, Jura 2004, 439 (446). Dort werden die nicht unerheblichen Unterschiede zu den *punitive damages* des US-amerikanischen Rechts hervorgehoben, deren Hauptfunktion in der Bestrafung des „Täters“ liegt, und die deshalb – anders als das deutsche Recht – nicht nach Opfer und Schadensbemessung fragen, sondern sich ausschließlich am Täter orientieren; im Rahmen von § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG geht es hingegen vor allem um eine Reaktion auf die Missachtung des Wert- und Achtungsanspruchs des Betroffenen, vgl. dazu auch Körner, NJW 2000, 241 ff., Wagner, AcP 2006, 355 (471), Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 238, Armbrüster, KritV 2005, 41 (49). Rechtsdogmatische Bedenken äußern Benecke/Kern, EuZW 2005, 360 (363), die noch vor Erlass des AGG für eine Sanktionierung durch Geldbußen im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitentatbestands plädiert hatten; kritisch auch Honsell, ZIP 2008, 621 (626 f.).

¹⁰¹⁹ Ein unverschuldetes Fristversäumnis liegt dann vor, wenn der Anspruchsteller die Nichteinhaltung der Frist nicht zu vertreten hat (§ 276 BGB), vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 46. Allerdings muss dem Benachteiligten in diesem Fall nicht eine erneute Frist von zwei Monaten gewährt werden: Da sich § 21 Abs. 5 AGG ganz offensichtlich an die reisevertragliche Regelung des § 651 g Abs. 1 BGB anlehnt, sind den insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze Rechnung zu tragen, die eine unverzügliche Geltendmachung des Anspruchs im Sinne des § 121 BGB verlangt, vgl. BGH, NJW 2004, 3178 (3180 f.). Vgl. auch Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 252, Rudolf/Mahlmann-Armbrüster, Gleichbehandlungsrecht, § 21, Rn. 198.

„ohne dass dadurch unzumutbare Nachteile für die Kunden verbunden wären“¹⁰²⁰. Entscheidet sich der Betroffene nicht innerhalb der angegebenen Frist für die Verfolgung des Anspruchs, soll für den Anspruchsgegner feststehen, dass er nicht mehr in Anspruch genommen werden kann¹⁰²¹.

Fraglich ist aber, ob diese äußerst kurze, mit Anspruchsentstehung beginnende Frist¹⁰²² mit dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist. § 21 Abs. 5 Satz 1 AGG stellt eine für zivilrechtliche Ansprüche eher ungewöhnliche gesetzliche Ausschlussfrist dar¹⁰²³, die im Gegensatz zur Verjährung bei Ablauf das betroffene Recht zum Erlöschen bringt¹⁰²⁴ und daher von Amts wegen und nicht erst auf Einrede des Schuldners zu beachten ist¹⁰²⁵. Wie bereits dargelegt, verlangt der Äquivalenzgrundsatz, dass die Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gegenüber der Durchsetzung von Rechten aus dem nationalen Recht nicht ungünstiger gestaltet sein darf; dem Effektivitätsgrundsatz entsprechend darf die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden¹⁰²⁶. Dies gilt auch im Hinblick auf die Gewährung des Rechtsschutzes¹⁰²⁷: Speziell im Hinblick auf Ausschlussfristen hat der EuGH festgestellt, dass diese nicht so kurz sein dürfen, dass es dem Betroffenen in der Praxis nicht gelingt, die Frist einzuhalten und er damit den von der Richtlinie gewährten Schutz verliert¹⁰²⁸.

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH zum *Effektivitätsgrundsatz* hält sich die Fristenregelung des § 21 Abs. 5 AGG wohl „gerade noch“ im Rahmen des nach

¹⁰²⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/2022, 13.

¹⁰²¹ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, 47.

¹⁰²² Näher zum Fristbeginn *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 21, Rn. 27, Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 247 ff. Im Gegensatz zur Regelung im arbeitsrechtlichen Teil des AGG (§ 15 Abs. 4) reicht hier zur Wahrung der Frist eine formlose Mitteilung des Anspruchstellers darüber aus, dass er Ansprüche aus § 21 Abs. 1 und 2 AGG geltend machen will; auch dies folgt aus dem Umstand, dass § 21 Abs. 5 AGG erkennbar an § 651 g Abs. 1 BGB angelehnt ist, in dessen Rahmen eine formlose Mitteilung als ausreichend erachtet wird, vgl. Palandt-*Sprau*, BGB, § 651 g, Rn. 2.

¹⁰²³ Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 194, Rn. 13.

¹⁰²⁴ BGHZ 122, 23 (24).

¹⁰²⁵ Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 194, Rn. 13.

¹⁰²⁶ Zur Konkretisierung des Effektivitätsprinzips in der Rechtsprechung des EuGH zu Ausschluss- und Verjährungsfristen vgl. *Micklitz*, WM 2005, 536 (541 ff.).

¹⁰²⁷ EuGH Rs. C-473/00 (*Cofidis*), Slg. I-10875; dazu ausführlich *Rott*, EuZW 2003, 5 ff.

¹⁰²⁸ EuGH, Rs. C-125/01 (*Pflücke*), Slg. 2003, I-9375.

dem Effektivitätsgrundsatz Zulässigen¹⁰²⁹; dabei mildert Satz 2 die Härte der kurzen Frist dadurch ab, dass er eine Fristversäumung ausschließt, wenn der Anspruchsteller von den anspruchsbegründenden Tatsachen unverschuldet erst nach Fristablauf Kenntnis erhält¹⁰³⁰. Größere Zweifel sind hingegen in Bezug auf den *Äquivalenz*grundsatz angebracht: Da neben den in § 21 AGG genannten Ansprüchen solche aus unerlaubter Handlung bestehen bleiben – dies legt § 21 Abs. 3 AGG ausdrücklich fest¹⁰³¹ –, und eine Ausschlussfrist, wie sie Abs. 5 vorsieht, für deliktische Ansprüche nicht besteht, ist äußerst fraglich, ob von der Gleichwertigkeit zwischen einem Recht gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs und einem Recht innerstaatlichen Ursprungs ausgegangen werden kann¹⁰³². Eine endgültige Klärung der Frage wird auch hier erst eine Vorlage an den EuGH bringen¹⁰³³.

II. Italien

Eine der Hauptfragen, die sich im Rahmen des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft auch im Rahmen der Sanktionen wieder stellt, ist das Verhältnis zu den Bestimmungen des *T.U. Immigrazione* aus dem Jahr 1998, auf dessen Sanktionsapparat das *decr. leg.* Nr. 215/2003 zwar nicht vollumfänglich, aber doch in weiten Teilen verweist.

¹⁰²⁹ Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 243 und im Anschluss daran Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 41 sowie Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 30.

¹⁰³⁰ Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 41.

¹⁰³¹ Es handelt sich damit um einen Fall der Anspruchskonkurrenz. Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung (in Betracht kommt die Anwendung von § 823 sowie § 826 BGB) sind allerdings schwächer als die in § 21 AGG gewährten, da sie u.a. einen Entlastungsbeweis nach § 831 BGB zulassen und keine Beweiserleichterung zugunsten des Benachteiligten vorsehen; im Rahmen des § 826 BGB ist zudem Vorsatz Voraussetzung, (vgl. dazu auch oben Teil 3, A.4).

¹⁰³² Rust/Falke-Bittner, AGG, § 21, Rn. 43.

¹⁰³³ Schiek-Schiek, AGG, § 21, Rn. 30.

1. *Decreto legislativo* Nr. 215/2003

1.1 Auslegungsprobleme

Der italienische Gesetzgeber widmet Art. 4 *decr. leg.* Nr. 215/2003 ganz allgemein dem Rechtsschutz. Die Bestimmung, die zumindest teilweise den Weg nachzeichnet, den das Antidiskriminierungsrecht in der italienischen Rechtsordnung bisher eingeschlagen hat¹⁰³⁴, ordnet in Abs. 1 ausdrücklich einen Rückgriff auf Art. 44 Abs. 1 bis 6, 8 und 11 *T.U. Immigrazione* an. Um die Sanktionen, die den Diskriminierenden bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot im Anwendungsbereich des *decr. leg.* Nr. 215/2003 erwarten, hinreichend erfassen zu können, ist es daher unerlässlich, auch auf einen Teil¹⁰³⁵ dieser Vorschriften einzugehen.

Art. 44 Abs. 1 *T.U. Immigrazione* bestimmt zunächst, dass „das Gericht im Falle des Vorliegens eines aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Nationalität oder der Religion diskriminierenden Verhaltens durch Private oder die öffentliche Verwaltung auf Antrag der Partei die Beendigung des benachteiligenden Verhaltens anordnen, sowie jede weitere Verfügung erlassen kann, die nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen geeignet ist“. Einen ähnlichen Inhalt hat Art. 4 Abs. 4 *decr. leg.* Nr. 215/2003¹⁰³⁶: dort heißt es in Satz 1, dass „das Gericht auf Verlangen die Beendigung des noch fortbestehenden diskriminierenden

¹⁰³⁴ Näher *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 317.

¹⁰³⁵ Die Absätze 2 bis 5 des Art. 44 *T.U. Immigrazione* sollen vorliegend außen vor gelassen werden, da sie rein verfahrensrechtliche Bestimmungen enthalten; diese werden in der italienischen Literatur ganz überwiegend positiv bewertet, da sie einen relativ einfachen und raschen Verfahrensablauf ermöglichen, vgl. statt aller *Curcio*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 533, im Anschluss daran auch *La Rocca*, *Eguaglianza e libertà contrattuale*, S. 195. Zusammenfassend *Scarselli*, *Riv. dir. civ.* 2001, S. 805 (834 f.).

¹⁰³⁶ In der Literatur wird angenommen, dass sich der in Art. 4 Abs. 1 *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthaltene Verweis auf Art. 44 *T.U. Immigrazione* auf die Vorbeugungsklage und Art. 4 Abs. 4 *decr. leg.* Nr. 213/2003 auf die Hauptsacheentscheidung bezieht, so (in Bezug auf das die Richtlinie 2000/78/EG umsetzende *decr. leg.* Nr. 216/2003, das in dieser Hinsicht dem *decr. leg.* Nr. 215/2003 inhaltlich entspricht) *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 315 (322). Vgl. auch *Cicchitti*, *Il lavoro nella giurisprudenza* 2000, 729 (736 ff.).

Verhaltens bzw. der noch fortbestehenden diskriminierenden Handlung, sowie die Beseitigung ihrer Wirkungen anordnet und den Ersatz des Vermögens- und Nichtvermögensschadens verfügt“.

Dem Wortlaut nach entsprechen sich die beiden Vorschriften nicht; fraglich ist, ob mit der teilweise unterschiedlichen Formulierung auch normative Unterschiede einhergehen.

Jedenfalls hinsichtlich des in Art. 4 Abs. 4 *decr. leg.* Nr. 215/2003 enthaltenen Hinweises darauf, dass die Beendigung des benachteiligenden Verhaltens nur dann angeordnet werden kann, wenn dieses noch „fortbesteht“, kann dies nicht der Fall sein: Schon die Tatsache, dass eine Beendigung gar nicht (mehr) angeordnet werden kann, wenn das entsprechende Verhalten ohnehin schon beendet ist, belegt dies. Daher kann im Rahmen von Art. 44 *T.U. Immigrazione* die Beseitigung der benachteiligenden Wirkungen nur dann angeordnet werden, „wenn das diskriminierende Verhalten noch andauert und nicht nur eine vorübergehende Verhaltensweise darstellt“¹⁰³⁷. Auch im Rahmen des durch § 21 Abs. 1 Satz 1 AG gewährten Beseitigungsanspruchs ist – trotz des eher verwirrenden Gesetzeswortlauts – allgemein anerkannt, dass dieser eine noch gegenwärtig vorliegende Beeinträchtigung voraussetzt¹⁰³⁸.

Ein weiterer Unterschied in der Formulierung ergibt sich daraus, dass Art. 44 Abs. 1 *T.U. Immigrazione* anders als Art. 4 Abs. 4 *decr. leg.* Nr. 215/2003 das Gericht dazu befugt, „jede weitere Verfügung zu erlassen, die nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen *geeignet* ist“; damit scheint dem Gericht ein umfassendes Ermessen hinsichtlich der im konkreten Fall festzulegenden Instrumente zuzustehen. Dieses Ermessen wird allerdings dadurch begrenzt, dass nur eine solche Anordnung getroffen werden kann, die auch darauf gerichtet ist, die diskriminierenden Wirkungen zu beseitigen. Die in Art. 44 Abs. 1 *T.U. Immigrazione* gewährte „Unbestimmtheit“ der richterlichen Befugnis wird sozusagen durch ihre enge Zweckbestimmtheit – die Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen – wieder ausgeglichen¹⁰³⁹. Daher kann der Unterschied zwischen den im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 und des *T.U. Immigrazione* getroffenen Formulierungen keine entscheidende

¹⁰³⁷ Vgl. *Scarselli*, Riv. dir. civ. 2001, 805 (829).

¹⁰³⁸ Vgl. statt aller Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 4, Rn. 191.

¹⁰³⁹ *Morozzo della Rocca*, Dir. fam. pers., 2001, 112 (131 f.).

Bedeutung haben¹⁰⁴⁰. In diesem Zusammenhang hat eine untergerichtliche Entscheidung Kritik erfahren¹⁰⁴¹, die den Diskriminierenden auf der Grundlage von Art. 44 *T.U. Immigrazione* zur Veröffentlichung des Urteils auf seiner eigenen *Website* sowie in einer nationalen Tageszeitung verpflichtet hatte, obwohl ihm – zur „Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen“ – bereits auferlegt worden war, auf der firmeneigenen *Website* die streitgegenständliche Rubrik „Immobilien für Ausländer“ zu löschen. Die Pflicht zur Urteilsveröffentlichung stellte gegenüber der Pflicht zur Löschung ein „Mehr“ dar, das über die Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen hinausgehen und insofern ausschließlich abschreckende Wirkung haben sollte¹⁰⁴².

Im übrigen kann im genannten Zusammenhang der Tatsache, dass Art. 44 Abs. 1 *T.U. Immigrazione* im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 4 *decr. leg.* Nr. 215/2003 als „Kann-Bestimmung“ formuliert ist, ebenso keine Bedeutung zugemessen werden: Denn dies würde bedeuten, dass das Gericht trotz der Überzeugung vom Vorliegen eines diskriminierenden Verhaltens nicht unbedingt die Wiederherstellung des vor dem diskriminierenden Ereignis bestehenden Zustands verfügen muss; das aber würde einer Verwehrung des dem Betroffenen gesetzlich zustehenden Schutzes gleichkommen¹⁰⁴³.

Im Ergebnis widersprechen sich die in den zwei gesetzlichen Regelwerken zu den Sanktionen enthaltenen Bestimmungen zwar nicht; der italienische Gesetzgeber hätte durch eine einheitliche(re) Formulierung das Verständnis aber erleichtern und (letzte) Auslegungszweifel beseitigen können.

1.2 Anspruch auf Vertragsschluss?

Auch in den italienischen Umsetzungsbestimmungen zum Diskriminierungsschutz fehlt es an einer Regelung zum Kontrahierungszwang. Im Gegensatz zu den Fällen

¹⁰⁴⁰ Vgl. (in Bezug auf *decr. leg.* Nr. 216/2003) *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 315 (323). A.A. *Troisi*, in *Il Diritto civile oggi*, S. 301 f.

¹⁰⁴¹ *Trib.* Bologna, Urteil vom 22. Februar 2001, *Dir. Imm. Citt.* 2001, 101 ff.

¹⁰⁴² *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.*, 2002, 112 (132). Die Möglichkeit der Urteilsveröffentlichung in einer nationalen Tageszeitung ist nunmehr aber ausdrücklich in *decr. leg.* Nr. 215/2003 vorgesehen (dazu unten 1.4).

¹⁰⁴³ Anders *Cicchitti*, *Il lavoro nella giurisprudenza* 2000, 729 (736).

benachteiligender *Vertragsbedingungen*, in denen der betroffenen Person auf der Grundlage von Art. 2058 *Codice civile*¹⁰⁴⁴, der „Schadensersatz durch Wiederherstellung des früheren Zustands“ gewährt, ein Anspruch auf Vertragsanpassung zuerkannt werden soll¹⁰⁴⁵, stellt sich bei diskriminierenden Vertragsverweigerungen die Frage, ob für einen Anspruch auf Vertragsschluss eine gesetzliche Grundlage besteht. Für den Bereich des Arbeitsrechts wird ein Kontrahierungszwang, und damit ein Anspruch auf Einstellung einstimmig abgelehnt; hier soll der Arbeitgeber lediglich zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein¹⁰⁴⁶. Aus den bereits im Rahmen der Ausführungen zum deutschen Recht genannten Gründen sollte ein Anspruch auf Vertragsschluss dem Betroffenen im Rahmen allgemein zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse grundsätzlich zugesprochen werden.

Als Anknüpfungspunkt dient auch die Tatsache, dass der Diskriminierte einen Anspruch auf die „Beseitigung des diskriminierenden Verhaltens“, mit dem die Pflicht zur Wiederaufnahme der unzulässigerweise verweigerten Vertragsverhandlungen einhergehen soll¹⁰⁴⁷. Stellt sich dabei heraus, dass der Diskriminierende gerade mit der beschwerten Person den Vertrag geschlossen hätte, wenn diese des Diskriminierungsmerkmals entbehrt hätte, wird der Rückgriff auf Art. 2932 *Codice civile* vorgeschlagen. Auf dessen Grundlage kann der Diskriminierte ein Urteil erlangen, „das die Wirkungen des nicht abgeschlossenen Vertrages erzeugt“. Nach seinem Wortlaut findet Art. 2932 *Codice civile* zwar nur in den Fällen gesetzlich bestimmter Kontrahierungspflichten Anwendung, wie sie beispielsweise die Art. 1679 („Öffentliche Liniendienste“) und 2597 *Codice civile* („Abschlusspflicht im Fall einer Monopolstellung“) enthalten. Es wird aber geltend gemacht, dass auch im Falle diskriminierender Vertragsverweigerungen „kein grundsätzlicher Grund für die

¹⁰⁴⁴ Art. 2058 Abs. 1 *Codice civile* hat folgenden Wortlaut: „Der Geschädigte kann die Wiederherstellung des früheren Zustands verlangen, sofern dies zur Gänze oder zum Teil möglich ist“.

¹⁰⁴⁵ Voraussetzung für die Vertragsanpassung ist natürlich, dass der Vertrag die benachteiligende Bedingung nur aufgrund eines bestimmten („verpönten“) Merkmals der Person enthält, näher *Maffeis*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 285 f. Vgl. auch *Ciaroni*, *Giur. it.* 2006, 1816 (1822). Wurde der (diskriminierende) Vertrag bereits durchgeführt, hat die betroffene Person nach Art. 2033 *Codice civile* Anspruch auf Herausgabe der Nichtschuld.

¹⁰⁴⁶ Näher *Ceroli*, *QDPE* 2005, 93 (121, Fn. 69).

¹⁰⁴⁷ *Ceroli*, *QDPE* 2001, 875 (.877).

Nichtanwendbarkeit der Regelung besteht“, wenn nur die Voraussetzungen – wie insbesondere die Bestimmbarkeit des Leistungsgegenstandes – vorliegen¹⁰⁴⁸.

Andere¹⁰⁴⁹ wiederum schlagen den Rückgriff auf Art. 2058 *Codice civile* vor: Im Falle der hinreichenden Bestimmbarkeit des Leistungsgegenstands¹⁰⁵⁰, seiner materiellen Verfügbarkeit¹⁰⁵¹ und der Zumutbarkeit für den Anbieter¹⁰⁵², soll der diskriminierten Person hiernach ein Anspruch auf Vertragsabschluss gewährt werden. Hinsichtlich dieser Lösung können dieselben Bedenken angebracht werden, die die deutsche Lehre der Ausgestaltung eines Kontrahierungszwangs als Schadensersatz entgegenhält¹⁰⁵³: Es geht nicht darum, eine durch die Vertragsverweigerung eingetretene Vermögenseinbuße wieder gutzumachen und dadurch den – ja gerade durch Vertragslosigkeit gekennzeichneten früheren Zustand – wiederherzustellen, sondern darum, das rechtswidrige Unterlassen – und damit die Rechtsbeeinträchtigung des abgewiesenen Vertragsinteressenten – zu beseitigen. Dies erklärt auch, weshalb sich dieser Vorschlag bisher keiner großen Zustimmung erfreuen kann¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁸ *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 338, *dies.*, Eguaglianza e libertà contrattuale, S. 194 ff., mit Beschränkung auf Massenverträge. Vgl. auch (noch in Bezug auf den *T.U. Immigrazione*) *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.*, 2001, 112 (131).

¹⁰⁴⁹ So *Maffeis*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 277 ff., *ders.*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 401 (429 ff.).

¹⁰⁵⁰ Dies ist bei Massenverträgen ein geringes Problem, da die notwendigen Informationen bereits in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, vgl. *La Rocca*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 338. Siehe auch *Maffeis*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 280 f.

¹⁰⁵¹ In der Literatur werden keine Angaben dazu gemacht, welche Anstrengungen der Diskriminierende zur eventuellen Wiedererlangung des Gegenstands unternehmen muss; so wird lediglich festgestellt, dass dieser nicht mehr verfügbar ist, wenn er bereits an Dritte verkauft wurde, vgl. *Maffeis*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 280.

¹⁰⁵² Art. 2058 Abs. 2 *Codice civile* lautet: „Das Gericht kann jedoch verfügen, dass der Schadensersatz nur durch Leistung des Gegenwerts zu erfolgen hat, wenn sich die Wiederherstellung des früheren Zustandes als für den Schuldner übermäßig belastend erweist.“

¹⁰⁵³ Vgl. o. II.2. bei Fn. 973 a.E.

¹⁰⁵⁴ Dessen ist sich *Maffeis*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 (429) selbst bewusst: „(...) *bisogna riconoscere che la strada per l'applicazione dell'art. 2058 c.c. non è in discesa: essa trova qualche ostacolo anche in dottrina e non può dirsi matura allo stato dell'evoluzione della giurisprudenza*“. Kritisch bspw. *Barcellona*, *Eur. dir. priv.*, 2005, 631 (647): „(...) *ove si giungesse ad immaginare rimedi correttivi (oggi abbastanza improbabili) del tipo dell'obbligo a contrarre (ad es. per le prassi contrattuali antidiscriminatorie)*“; vgl. auch *Alpa*, *NGCC* 2007, 33 (35); eine Beschränkung auf die gesetzlich festgelegten Kontrahierungszwänge erfolgt im Ergebnis auch bei *Scarselli*, *Riv. dir. civ.* 2001, 805 (832, Fn. 40).

In der jetzigen Situation kann nur abgewartet werden, ob die Gerichte einen Anspruch auf Vertragsschluss auf der Grundlage von Art. 2058 *Codice civile* oder Art. 2932 *Codice civile* in Erwägung ziehen oder aber einen Kontrahierungszwang grundsätzlich ablehnen werden¹⁰⁵⁵. Die „unbequeme“ Frage nach einem „Ob“ und „Wie“ des Kontrahierungszwangs der Rechtsprechung zu überlassen, scheint seiner Bedeutung im Rahmen diskriminierender Vertragsverweigerungen nicht gerecht zu werden. Eine ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers wäre daher angebracht gewesen.

1.3 Schadensersatzanspruch

Von der die Sanktion des Schadensersatzes im Rahmen des *T.U. Immigrazione* regelnden Bestimmung (Art. 44 Abs. 7) weicht der Wortlaut des Art. 4 Abs. 4 *decr. leg.* Nr. 15/2003 nur geringfügig ab: er bestimmt, dass das Gericht „auf Verlangen“ – diese Worte fehlen im *T.U. Immigrazione* (der zudem als „Kann-Bestimmung“ ausgestaltet ist) – „auch den Nichtvermögensschaden zuspricht“. Diese Ergänzung der Formulierung kann keine Auswirkungen haben, da der Schadensersatz immer nur im Falle eines entsprechenden Antrags und nicht etwa von Amts wegen zugesprochen werden¹⁰⁵⁶.

Bei der Bestimmung handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Fall der Ersetzbarkeit des Nichtvermögensschadens, wie ihn Art. 2059 *Codice civile* verlangt¹⁰⁵⁷. Im übrigen erkennt die Rechtsprechung aber bereits seit 2003 an, dass der Nichtvermögensschaden auch außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle ersetzbar ist, wenn es sich um die „Verletzung verfassungsmäßig geschützter Rechtsgüter“

¹⁰⁵⁵ In dem von. *Trib.* Milano, FI 2000, 2040 am 30. März 2000 entschiedenen Fall konnte das Gericht der diskriminierten Person (einer Frau, der von einem Immobilienhändler, mit dem sie wegen des Gesuchs einer Wohnung Kontakt aufgenommen hatte, mitgeteilt wurde, er „würde mit Ausländern keine Verträge schließen“), keinen Anspruch auf Vertragsschluss gewähren, da der Leistungsgegenstand nicht bestimmbar war; es beschränkte sich daher auf die Anordnung der „Beendigung des diskriminierenden Verhaltens“ sowie der Gewährung eines Nichtvermögensschadens.

¹⁰⁵⁶ Vgl. auch *Guariso*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 593.

¹⁰⁵⁷ Art. 2059 *Codice civile* enthält eine Parallelregelung zu § 253 Abs. 1 BGB und bestimmt, dass der Nichtvermögensschaden lediglich in den gesetzlich bestimmten Fällen ersetzbar ist.

handelt¹⁰⁵⁸. Zu diesen verfassungsmäßig geschützten Rechtsgütern gehört auch das Recht auf Gleichheit, das die Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierungen zu verwirklichen helfen versuchen. Dies erklärt einerseits die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens bei Verletzung des Diskriminierungsverbots, hat ihm andererseits aber gleichzeitig den Vorwurf eingebracht, eine im Grunde überflüssige Regelung geschaffen zu haben¹⁰⁵⁹.

Im Rahmen der Quantifizierung des Nichtvermögensschadens sind in erster Linie die Schwere der Verletzung sowie die Dauer des diskriminierenden Verhaltens zu berücksichtigen¹⁰⁶⁰. Gerade im Bereich des Antidiskriminierungsrechts wird auch im italienischen Recht immer wieder betont, dass der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schaden allem voran Genugtuungsfunktion hat, was aber nicht bedeute, dass er eine Art „Privatstrafe“ darstellen soll¹⁰⁶¹. Die Rechtsprechung hat in jüngster Zeit immer wieder bekräftigt, dass ein Strafschadensersatz in der geltenden nationalen Rechtsordnung ohne Grundlage ist¹⁰⁶². Diese Behauptung scheint im Antidiskriminierungsrecht allerdings nicht mehr uneingeschränkt gültig zu sein: Denn Art. 4 Abs. 5 *decr. leg.* Nr. 213/2005 sieht vor, dass das Gericht bei der Berechnung des Schadens die Tatsache berücksichtigen kann, dass die diskriminierende Handlung eine „Vergeltungsreaktion auf ein Verfahren oder eine Handlung der verletzten Person zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt. Das Verhalten des „Täters“ wird so zu einem Bemessungsfaktor des Nichtvermögensschadens, dessen Grenzen zum Strafschadensersatz damit ähnlich wie im deutschen Recht zu verschwimmen scheinen. Mit der genannten Vorschrift ist der italienische Gesetzgeber im Ergebnis den Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG gerecht geworden, denn diese verlangt einerseits nach

¹⁰⁵⁸ Vgl. die beiden „Zwillingsentscheidungen“ der *Corte di Cass.*: 8827/2003 und 8828/2003. FI 2003, 2270 ff. Die Literatur dazu ist mittlerweile unüberschaubar, vgl. die Nachweise bei *Guariso*, in *Barbera*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 598 (Fn. 27) und *Maffei*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 290 (Fn. 54).

¹⁰⁵⁹ *Guariso*, in *Barbera*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 598, *Di Paola*, MGL 2004, 39 (52 f.). Dem kann nicht so ohne weiteres zugestimmt werden: Abgesehen davon, dass die genannte Rechtsprechung noch relativ „jung“ ist, ist die ausdrückliche Festlegung der Ersatzfähigkeit des Nichtvermögensschadens aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßenswert.

¹⁰⁶⁰ *Maffei*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 292 ff.; vgl. auch *Acierno*, *Dir. Imm. Citt.*, 2004, S. 43 (50).

¹⁰⁶¹ Vgl. *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.* 2001, 112 (133).

¹⁰⁶² Vgl. erst wieder *Corte di Cass.* 6572/2006 und *Corte di Cass.* 1183/2007.

„abschreckenden Sanktionen“ (Art. 15), andererseits nach einem Schutz vor Viktimisierung, d.h. davor, dass der Einzelne Benachteiligungen erleidet, „die als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen“ (Art. 9)¹⁰⁶³. Im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 sind diese beiden Vorgaben miteinander verbunden worden. Angesichts der Praxis der Gerichte erscheint es aber auch im italienischen nicht realitätsnah, *punitive damages* nach US-amerikanischer Art zu befürchten. Dass sich die Rechtsprechung mit dem Erfordernis der „abschreckenden Sanktionen“ noch nicht recht angefreundet hat, zeigen die einige untergerichtliche Entscheidungen, die Diskriminierungsopfern bisher Schadensersatzansprüche im unteren Bereich zugesprochen haben: Die Entschädigung von beispielsweise gerade einmal hundert Euro¹⁰⁶⁴ zu Lasten des Besitzers einer Bar, der von Gästen albanischer Herkunft den doppelten Preis für Kaffee verlangte – mit der Begründung, man wolle „diese Personen, die allesamt dem Drogenmilieu entstammen“, von dem Lokal fern halten –, scheint sich ausschließlich am Marktwert des Rechtsgeschäfts und nicht (auch) an der Schwere der Verletzungshandlung zu orientieren¹⁰⁶⁵.

Ein weiteres Problemfeld im Rahmen des Schadensersatzes betrifft ähnlich wie im deutschen Recht die Frage danach, ob der Schadensersatz verschuldensabhängig oder verschuldensunabhängig zu gewähren ist. Im Gegensatz zum AGG-Gesetzgeber hat der italienische Gesetzgeber in den die Antirassismusrichtlinie umsetzenden Bestimmungen dazu aber keine ausdrückliche Regelung getroffen. Der EuGH hat, wie bereits erläutert, in der Rechtssache Dekker ausdrücklich festgelegt, dass die Verletzung des Diskriminierungsverbots für sich alleine ausreichend ist, um eine Haftung des Diskriminierenden zu begründen¹⁰⁶⁶. Die im Bereich der Geschlechterdiskriminierung in Beschäftigung und Bereich entwickelte Rechtsprechung des EuGH ist nach überwiegender Auffassung in der italienischen Literatur nicht auf diesen Bereich

¹⁰⁶³ Mittlerweile (vgl. Art.8-*sexies* legge Nr. 101/2008, vormals *decr. legge* Nr. 59/2008) wurde das *decr. leg.* durch einen Art. 4-*bis* ergänzt, der die inhaltlichen Vorgaben von Art. 9 RL 2000/43/RL wiedergibt.

¹⁰⁶⁴ *Trib. Padova*, Urteil vom 19. Mai 2005, *Giur. it.* 2006, 949 ff.

¹⁰⁶⁵ Kritik und weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Maffei*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 292 f.; *Maffei*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 401 (432).

¹⁰⁶⁶ EuGH, Rs. C-177/88, *Slg.* 1990, I-3941.

beschränkt; danach müsste der Schadensersatz auch im Falle von Diskriminierungen aus rassistischen oder ethnischen Gründen verschuldensunabhängig gewährt werden¹⁰⁶⁷.

Teilweise wird in diesem Zusammenhang aber geltend gemacht, dass nach den bestehenden nationalen Prinzipien zwar wohl der Beseitigungsanspruch, keinesfalls aber auch der Schadensersatzanspruch unabhängig vom Verschulden gewährt werden könne¹⁰⁶⁸, wenn man nicht von einer verschuldensunabhängigen Haftung „auf der Grundlage von Art. 2043 *Codice civile* in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Solidarität ausgehen wolle“¹⁰⁶⁹. Die genannte Auffassung wurde noch in Bezug auf den *T.U. Immigrazione* geäußert und stützte sich vorwiegend darauf, dass das Gericht nach der dortigen Vorschrift zum Ersatz des Nichtvermögensschadens verurteilen kann, dies aber keineswegs muss: Dies deute auf die Notwendigkeit hin, dass das Vorliegen sämtlicher Voraussetzung einer unerlaubten Handlung nach Art. 2043 *Codice civile* zu überprüfen sei¹⁰⁷⁰. Dieses Argument kann im Falle des *decr. leg.* Nr. 215/2003 schon deshalb nicht mehr „ziehen“, da die Regelung nicht mehr als „Kann-Bestimmung“ formuliert ist.

Zudem ist fraglich, ob die Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs mit den bestehenden nationalen Regeln wirklich so unvereinbar ist, wie man auf den ersten Blick meinen könnte. Die Entwicklungen scheinen eher darauf hinzudeuten, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts langsam, aber kontinuierlich vom Erfordernis des subjektiven Elements wegbewegt: Nach dem Arbeitsrecht¹⁰⁷¹ verobjektiviert auch Art. 43 *T.U. Immigrazione* die Unerlaubtheit der diskriminierenden Handlung, indem er Ziel und Zweck gleichstellt; diese Gleichstellung wird im *decr. leg.* Nr. 215/2003 nunmehr bestätigt¹⁰⁷². Zugunsten eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs spricht zudem die Regelung der Beweislast: Hier hat der Diskriminierende nicht etwa sein fehlendes Verschulden zu beweisen, sondern vielmehr die Tatsache, dass die Ungleichbehandlung nicht aufgrund

¹⁰⁶⁷ Guariso, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 587.

¹⁰⁶⁸ Mantello, *Autonomia dei privati*, S. 215; Scarselli, *Riv. dir. civ.*, S. 819, Morozzo della Rocca, *Dir. fam. pers.*, 2002, 112 (12 f.)

¹⁰⁶⁹ So Morozzo della Rocca, *Gli atti discriminatori*, S. 33.

¹⁰⁷⁰ Morozzo della Rocca, *Gli atti discriminatori*, S. 33.

¹⁰⁷¹ Vgl. schon Art. 4 *legge* Nr. 127/1991 (nunmehr Art. 37 Cpo), der unabhängig vom Zweck eine Handlung ausreichen lässt, die eine Diskriminierung bewirkt.

¹⁰⁷² Guariso, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 604.

des gesetzlich erfassten Diskriminierungsmerkmals erfolgt ist, bzw. dass ein rechtmäßiger Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt¹⁰⁷³.

Daneben ist im vorliegenden Zusammenhang auch die Rechtsprechung der *Corte di Cassazione* zu berücksichtigen, die einen Nichtvermögensschaden im Falle der Verletzung eines verfassungsmäßig geschützten Rechtsgut stets für ersetzbar hält¹⁰⁷⁴, und zwar unabhängig vom Verschulden¹⁰⁷⁵. Da auch das Diskriminierungsverbot im Bereich der verfassungsrechtlich geschützten Werte wirken soll, scheint ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch daher mit den vorhandenen Regelungen vereinbar zu sein¹⁰⁷⁶.

Die spezifischen Rechtsbehelfe der Antidiskriminierungsvorschriften verbieten im Übrigen nicht den Rückgriff auf andere Instrumente zum Schutz vor Diskriminierungen, wie sie beispielsweise die Vorschriften zur unerlaubten Handlung darstellen. Dies ist allgemein unbestritten, auch wenn der italienische Gesetzgeber (anders als der deutsche) diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung getroffen hat¹⁰⁷⁷. Allerdings sind die deliktsrechtlichen Regelungen insofern schwächer ausgestaltet, als dass diese verschuldensunabhängig ausgestaltet sind.

Im Gegensatz zum AGG hat der italienische Gesetzgeber für die Geltendmachung der Ansprüche keine Ausschlussfrist eingeführt; für Schadensersatzansprüche gilt daher die fünfjährige Verjährungsfrist nach Art. 2947 *Codice civile*, die mit Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses abzulaufen beginnt.

1.4 Verwaltungsrechtliche Sanktionen

In erster Linie im Rahmen des Arbeitsrechts von Relevanz, vorliegend aber unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten dennoch von Interesse – das deutsche Recht entbehrt einer solchen Bestimmung – ist Art. 44 Abs. 11 *T.U. Immigrazione*, auf den

¹⁰⁷³ Vgl. *Troisi*, in *Il diritto civile oggi*, S. 305 f.

¹⁰⁷⁴ *Guariso*, in *Barbera*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 604 ff.

¹⁰⁷⁵ *Corte di Cass.* 20814/2004, *Guida al diritto* 2004, 20 ff.

¹⁰⁷⁶ *Guariso*, in *Barbera*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 608. Aus der Rechtsprechung (in Bezug auf den *T.U. Immigrazione*) *Trib. Milano* vom 21. März 2002, *FI* 2002, 3175.

¹⁰⁷⁷ Vgl. *Troisi*, in *Il Diritto civile oggi*, S. 302 f.

decr. leg. Nr. 215/2003 in Art. 4 Abs. 1 verweist. Hiernach sind Unternehmen, die sich diskriminierende Handlungen zuschulden haben kommen lassen, mit dem Entzug finanzieller Hilfen zu sanktionieren und in schwerwiegenderen Fällen von diesen sowie von jeder öffentlichen Ausschreibung für einen Zeitraum von zwei Jahren auszuschließen. Dem Gericht obliegt es in diesem Zusammenhang, den öffentlichen Verwaltungen und Unternehmen, die diese finanziellen Vorteile gewährt haben, sämtliche notwendige Informationen hinsichtlich der festgestellten diskriminierenden Handlungen zukommen zu lassen. Zwar kommt einer derartigen Nebenstrafe im Sinne von Art. 32-ter *Codice penale* als abschreckende und wirksame Regelung durchaus potentielle Bedeutung zu¹⁰⁷⁸; sinnvoll(er) wäre es allerdings gewesen, der Gesetzgeber hätte zeitliche Abstufungen innerhalb der Bestimmung vorgesehen, die es ermöglicht hätten, den konkreten Fallgestaltungen besser gerecht zu werden. Dies gilt umso mehr, als die Bestimmung (im Gegensatz zu der als Vorbild dienenden Regelung¹⁰⁷⁹) den Entzug der finanziellen Unterstützungsmaßnahmen nicht in das Ermessen der öffentlichen Verwaltung stellt, sondern diesen „automatisch“ auslöst¹⁰⁸⁰.

Kritische Stimmen sehen mit der Anwendung der Vorschrift aber noch ein ganz anderes Problem verbunden, nämlich dass mit dem Entzug finanzieller Hilfen „ein Schlag nach hinten“ losgeht, da ein solcher in erster Linie nicht das Unternehmen selbst, als vielmehr dessen Arbeitnehmer/innen trifft. Man befürchtet in diesem Zusammenhang einen Rückgang der unternehmerischen Tätigkeit, für den im Endeffekt die Arbeitnehmer/innen mit dem Verlust ihres Arbeitsplatzes bezahlen müssen¹⁰⁸¹. Diese Bedenken könnten der Grund dafür sein, dass die Vorschrift in der Praxis bisher nur äußerst selten Anwendung gefunden hat.

Neben dieser verwaltungsrechtlichen Sanktion gibt Art. 4 Abs. 6 *decr. leg.* Nr. 215/2003 dem Gericht zudem die Befugnis, die gerichtliche Entscheidung einmalig auf Kosten des Beklagten in einer nationalen Zeitung veröffentlichen zu lassen. Diese

¹⁰⁷⁸ A.A. *Acierno*, Dir. Imm. Citt. 2004, S. 43 (56), die die Bestimmung aufgrund ihres begrenzten Anwendungsbereichs und der „meist ineffektiven Informationsübermittlung“ für relativ unbedeutend hält.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 9 *legge* Nr. 125/1991 (nunmehr Art. 37 Abs. 3 Cpo).

¹⁰⁸⁰ Vgl. *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione basata sull'orientamento sessuale, S. 334, *Guariso*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 590 f., 624, *Morozzo della Rocca*, Dir. fam. pers. 2001, 112 (133), *Centini*, Giuris. cost. 2007, S. 2405 (2443).

¹⁰⁸¹ *Garofalo/Recchia*, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione basata sull'orientamento sessuale, S. 334, *Morozzo della Rocca*, Dir. fam. pers. 2001, 112 (134).

Möglichkeit „negativer Werbung“ stellt im italienischen System keine Neuigkeit dar, denn sie ist sowohl im „*Statuto lavoratori*“¹⁰⁸² als auch im Gesetz zur Regelung der Verbraucherrechte aus dem Jahr 1998 enthalten¹⁰⁸³.

2. *Codice delle pari opportunità*

Hinsichtlich der Sanktionen im Fall der Geschlechterdiskriminierung bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen kann zum ganz überwiegenden Teil auf die soeben gemachten Ausführungen zu den Rechtsfolgen bei Rassendiskriminierungen verwiesen werden.

Die Bestimmungen entsprechen sich in weiten Teilen: Art. 55-*quinquies Cpo* ist dem „Verfahren zum Schutz gegen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ gewidmet. Die Regelungen zu den Sanktionen beschränken sich dabei auf die Absätze eins, sieben und acht, die verbleibenden Bestimmungen regeln den Verfahrensablauf.

So kann das Gericht nach Art. 55-*quinquies* Abs. 1 *Cpo* „auf Antrag der Partei die Beendigung des benachteiligenden Verhaltens anordnen und jede andere Maßnahme treffen, die nach den Umständen dazu geeignet ist, die Wirkungen der Diskriminierung zu beseitigen“. Weiterhin hat das Opfer nach Art. 55-*quinquies* Abs. 7 *Cpo* Anspruch auf Ersatz des Vermögens-, sowie des Nichtvermögensschadens; und auch hier muss bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden, ob das Verhalten des Diskriminierenden eine „Reaktion auf eine Handlung des Opfers zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung darstellt“ (vgl. Art. 55-*quinquies* Abs. 7 i.V.m. Art. 55-*ter* Abs. 7 *Cpo*). Hinsichtlich der im Zusammenhang mit dem Schadensersatz stehenden Problematiken – insbesondere des Verschuldenserfordernisses und des Strafschadensersatzes – kann ebenso auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Rassendiskriminierung verwiesen werden. Dasselbe gilt hinsichtlich des Entzugs von Vorteils-gewährungen, denn hier gibt Art. 55-*quinquies* Abs. 8 *Cpo* beinahe wortlautgleich den

¹⁰⁸² Vgl. Art. 28 Abs. 5 *legge* Nr. 300 (*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*), GU 131/1970.

¹⁰⁸³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) *legge* Nr. 281 vom 30. Juli 1998 zur „*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*“, GU 189/1998.

Inhalt von Art. 44 Abs. 11 *T.U. Immigrazione* i.V.m. Art. 4 Abs. 1 *decr. leg.* Nr. 215/2003 wieder.

Anders als im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 hat der Gesetzgeber im Rahmen des Sanktionsapparats bei der Geschlechterdiskriminierung im Zivilrechtsverkehr von der Möglichkeit abgesehen, den Diskriminierenden gerichtlich zur Veröffentlichung der getroffenen Entscheidung in einer nationalen Tageszeitung zu verpflichten. Eine Begründung dafür ist er allerdings schuldig geblieben.

B. Rechtsschutz: Beweisführung und Beteiligungsmöglichkeit von Verbänden

Zweifel an Praktikabilität und Nutzen des Antidiskriminierungsrechts sind bisher gerade wegen der „notorischen Defizite“ der Rechtsdurchsetzung geäußert worden¹⁰⁸⁴. Im Zusammenhang mit der Darstellung des Sanktionsapparats soll daher zumindest ein kurzer Blick auf die verfahrensrechtlichen Aspekte privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes geworfen werden. Dabei werden die in diesem Zusammenhang meistdiskutierten Problematiken – die Regeln zur Beweislast und die Handlungsmöglichkeiten von Antidiskriminierungsverbänden – untersucht, von denen es wesentlich abhängt, dass Antidiskriminierungsrecht nicht nur ein „Papiertiger“ bleibt¹⁰⁸⁵.

I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

1. Beweisführung

Grundsätzlich hat sich im Zivilrecht die Regel herausgebildet, dass die anspruchsbegründenden Tatsachen von derjenigen Partei darzulegen und zu beweisen

¹⁰⁸⁴ Schiek-Schiek, AGG, Einl., Rn. 55; vgl. a. Garofalo/Recchia, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 315.

¹⁰⁸⁵ Dazu eingehend die Untersuchung von Scholten, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht?, S. 77 ff., S. 192 ff.

sind, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht; der Anspruchsgegner hingegen hat den Beweis für die rechtshemmenden, rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen zu erbringen¹⁰⁸⁶. Es gibt allerdings Lebensbereiche, in denen sich der Anspruchsteller *typischerweise* in Beweisnot befindet; um die Beweislastverteilung in diesen Fällen nicht gänzlich zum Scheitern zu verurteilen, ist es hier notwendig, vom Grundsatz abweichende Regeln zu definieren.

Erleichterungen im Rahmen der Beweislast sind auch für ein praktikables und effektives Antidiskriminierungsrecht eine unablässige Voraussetzung; sie sind Instrument und Mittel, damit subjektive Rechte tatsächlich durchgesetzt werden können. Daher gelten die Beweislastregeln auch als die „Achillesferse“ eines effektiven Schutzes vor Diskriminierung¹⁰⁸⁷.

Dessen war sich der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber bewusst: Mit Art. 8 Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 9 Richtlinie 2004/113/EG hat er deshalb spezielle Regelungen zur Darlegungs- und Beweislast geschaffen. Beide Bestimmungen legen nahezu wortlautgleich fest, dass die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, „um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat“ (so der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG).

Die Regelungen bestätigen den bisher auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene eingeschlagenen Weg, wie er sich zunächst durch die Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁸⁸ und schließlich durch die Beweislastrichtlinie¹⁰⁸⁹ herausgebildet hat: Demnach ist eine Änderung der Regeln für die Beweislastverteilung geboten, wenn der Anschein einer

¹⁰⁸⁶ Vgl. Gaier/Wendlandt-Gaier, AGG, § 3, S. Rn. 133 und *Curcio*, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 551.

¹⁰⁸⁷ *Liebscher*, STREIT 2005, 100 (105), s.a. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, S. 177; ähnlich *Pizzoferrato*, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 294.

¹⁰⁸⁸ Vgl. schon EuGH Rs. 127/92 (*Enderby*), Slg. 1993 I-5535.

¹⁰⁸⁹ Art. 4 RL 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, ABl. EG L 14/6.

Diskriminierung besteht, um eine „wirksame Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“ zu gewährleisten¹⁰⁹⁰ – ein Ziel, das auch die Erwägungsgründe der „neuen“ Antidiskriminierungsrichtlinien ausdrücklich erwähnen¹⁰⁹¹. Dabei soll die getroffene Beweislastregelung die häufig aufgrund typischer Informationsasymmetrien bestehende Beweisnot von Diskriminierungsopfern im Prozess erleichtern: häufig haben Diskriminierungsopfer keine Möglichkeit, in der Sphäre des Diskriminierenden liegende Vorgänge – allem voran innere Einstellungen – nachzuweisen¹⁰⁹². Deshalb ist es ausreichend, wenn der Diskriminierte im Zivilprozess¹⁰⁹³ Tatsachen glaubhaft macht, auf deren Grundlage das Vorliegen einer Diskriminierung vermutet wird; (erst) dann obliegt es dem Beklagten, das Gegenteil zu beweisen. Bei der genannten Regelung handelt es sich daher um eine „faktische“ Umkehr der Beweislast im Sinn einer Beweiserleichterung mit anschließender Verlagerung der Beweislast auf die benachteiligende Person¹⁰⁹⁴. Damit soll das Risiko der Unaufklärbarkeit entscheidungserheblicher Tatsachen der Partei auferlegt werden, die leichteren Zugang zu den relevanten Tatsachen hat.

2. Beteiligungsmöglichkeiten von Verbänden

Neben den Beweislastregeln sind auch die Bestimmungen zur Mitwirkungsbefugnis von Verbänden für die Effektivität des Diskriminierungsschutzes von grundlegender Bedeutung¹⁰⁹⁵. Eine Verbandsbeteiligung kann verschiedene Funktionen

¹⁰⁹⁰ Vgl. Erw. gründe siebzehn und achtzehn RL 97/80/EG.

¹⁰⁹¹ Vgl. Erw. grund einundzwanzig RL 2000/43/EG und Erw. grund zweiundzwanzig RL 2004/113/EG.

¹⁰⁹² *Bezenberger*, AcP 1996, 395 (431); *Pizzoferrato*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 293.

¹⁰⁹³ Die Anwendung der Regelungen ist im Strafprozess ausgeschlossen, vgl. Art. 8 Abs. 3 RL 2000/43/EG und Art. 9 RL 2004/113/EG.

¹⁰⁹⁴ Von einer Art „umgekehrten Beweislast“ spricht *Hailbronner*, ZAR 2001, 254 (256); ähnlich *Chieco*, RIDL 2002, 75 (108), der die Regelung als „*quasi inversione dell'onere della prova*“ bezeichnet, sowie *Morozzo della Rocca*, Dir. fam. pers. 2001, 112 (138).

¹⁰⁹⁵ Vgl. Erw. grund neunzehn RL 2000/43/EG und Erw. grund einundzwanzig RL 2004/113, wonach „zur Gewährleistung eines effektiveren Schutzes“ die Möglichkeit bestehen soll, dass sich „Verbände oder andere juristische Personen unbeschadet der nationalen Verfahrensordnung bezüglich der

erfüllen, denen wiederum verschiedene Modelle für Verbandsbefugnisse im Rechtsschutz entsprechen: Zum einen kann die Beteiligung von Verbänden einzelnen Betroffenen den „*access to justice*“ erleichtern und verhindern, dass Rechtsunkundige Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot hinnehmen und sich von der Geltendmachung ihrer Ansprüche abhalten lassen; durch die Gewährleistung der tatsächlichen Anwendung regulierenden Rechts auf breiter Ebene kann sie zudem einen Beitrag zur „Prozessführung im öffentlichen Interesse“ leisten¹⁰⁹⁶.

In den Antidiskriminierungsrichtlinien verpflichtet der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber die Mitgliedstaaten dazu, sicherzustellen, dass „Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung¹⁰⁹⁷ an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können“ (vgl. Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 8 Abs. 3 Richtlinie 2004/113/EG).

Die europarechtlichen Vorgaben verlangen damit entgegen der teilweise in Deutschland vertretenen Ansicht¹⁰⁹⁸ nicht nach der Einführung einer Verbandsklage,

Vertretung und Verteidigung vor Gericht bei einem entsprechenden Beschluss der Mitgliedstaaten im Namen eines Opfers oder zu seiner Unterstützung an einem Verfahren beteiligen“.

¹⁰⁹⁶ Kocher, STREIT 2003, 139 (140).

¹⁰⁹⁷ Das Einwilligungserfordernis bezieht sich nicht nur auf die Unterstützung (2. Alternative), sondern auch auf die Beteiligung eines Verbandes allgemein (1. Alternative). Dies wird einerseits klar, wenn man sich andere Sprachfassungen vor Augen hält (so heißt es bspw. in der italienischen Fassung „*il diritto di avviare (...) per conto o a sostegno della persona (...) e con il suo consenso*“ und in der englischen Fassung „*associations (...) may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval*“; es wäre andererseits paradox, würde sich das Einwilligungserfordernis nur auf die schwächere Beteiligungsform beziehen; vgl. näher Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, S. 197.

¹⁰⁹⁸ Vgl. v. Koppenfels, WM 2002, 1489 (1490), Nickel, NJW 2001, 2668 (2671), Henning/Baer, STREIT 2002, 169 (175). Diametral entgegengesetzt Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, S. 194 ff. (insbes. S. 226), der nach eingehender Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben eine Verbandsklage nach deutschem Recht *nicht zulassen*. Begründet wird dies mit dem nach den Richtlinienvorgaben geforderten Einwilligungserfordernis, das aus Rechtsschutzgründen des Betroffenen zwingend in das nationale Recht übernommen werden muss; nach dem deutschen Recht hingegen kann ein Verbandsklagerecht von der Einwilligung nicht abhängig gemacht werden, da der Verband *eigene* materiellrechtliche Ansprüche geltend macht.

sondern lediglich nach einer Unterstützung zur Durchsetzung von Individualansprüchen¹⁰⁹⁹. Bei Umsetzung der Bestimmung stand den Mitgliedstaaten daher ein relativ weitgehender Gestaltungsraum zu.

II. Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat sich den Regeln der „Beweislast“ (§ 22 AGG) sowie der „Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände“ (§ 23 AGG) innerhalb des mit „Rechtsschutz“ überschriebenen Abschnitts vier des AGG gewidmet. Die Bestimmungen gelten daher für den Bereich des Arbeitsrechts und den Zivilrechtsverkehr gleichermaßen.

1. Indizienbeweis und Vermutungswirkung

„Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen“ – so lautet die „für das deutsche Verfahrensrecht einmalige Regelung“ des § 22 AGG¹¹⁰⁰. Mit der auf der Grundlage von § 22 AGG getroffenen Senkung des Beweismaßes mit anschließender Verlagerung der Beweislast knüpft der deutsche Gesetzgeber an den ehemaligen § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB an¹¹⁰¹: Dieser bestimmte für den Bereich der Geschlechtergleichheit im Arbeitsrecht, dass immer dann, wenn der Arbeitnehmer „Tatsachen glaubhaft macht“, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, den Arbeitgeber die

¹⁰⁹⁹ So die überwiegende Meinung sowohl in Deutschland als auch in Italien, vgl. (jeweils statt aller) Rust/Falke-Micklitz, AGG, § 23, Rn. 2, *Chieco*, RIDL 2002, 75 (109 ff.).

¹¹⁰⁰ Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, §, Rn. 143.

¹¹⁰¹ § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB ist im Zuge der Umsetzung der RL 2000/78/EG in das deutsche Arbeitsrecht durch § 22 AGG ersetzt worden. Er war bereits im Jahre 1980 anlässlich der Umsetzung der RL 76/207/EWG in das BGB eingefügt worden (vgl. EG-Anpassungsgesetz vom 13.8.1980, BGBl. I 1980, 1308). Vgl. auch *Steinau-Steinbrück/Schneider/Wagner*, NZA 2005, 28, (31).

Beweislast dafür trifft, dass für die unterschiedliche Behandlung rechtfertigende Gründe vorliegen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit ist.

Im Gegensatz dazu und anders als noch der Regierungsentwurf¹¹⁰² sieht § 22 AGG allerdings nicht mehr die „Glaubhaftmachung“ von Tatsachen vor, sondern verlangt den „Beweis von Indizien“. Die Änderung im Wortlaut war durch die Befürchtung bedingt, die Verwendung des Begriffs „Glaubhaftmachung“ könnte im Hinblick auf § 294 ZPO – der die eidesstattliche Versicherung als Beweismittel zulässt – missverstanden werden¹¹⁰³. Diese Furcht ist unbegründet, denn das BAG hat bereits im Jahr 2004 in Bezug auf die arbeitsrechtliche Vorgängerregelung ausdrücklich klargestellt, dass „glaubhaft machen“ nicht im Sinne von § 294 ZPO zu verstehen sei, sondern dass eine Darlegung ausreiche, „die eine Benachteiligung des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen“ lässt¹¹⁰⁴. Wie in den Richtlinienvorgaben ging es damit auch in § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB nicht um einen Vollbeweis, sondern um eine Reduktion des Beweismaßes in Form der Glaubhaftmachung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit¹¹⁰⁵.

Zwar sollen nach der Gesetzesbegründung mit der neuen Formulierung des § 22 AGG in der Sache keine Änderungen der beweisrechtlichen Anforderungen einhergehen: So betont der Gesetzgeber ausdrücklich, dass „die sprachliche Neufassung zur Bestimmung des Beweismaßes erfolgt“ und lediglich eine „erforderliche Klarstellung für die Praxis“ ist, mit der keine Rechtsänderung einhergehen soll¹¹⁰⁶. Legt der Anspruchsteller also ausreichende Indizien dar, die eine Benachteiligung überwiegend wahrscheinlich machen, reicht es nicht aus, wenn der Anspruchsgegner die Wahrscheinlichkeit entkräftet, er muss vielmehr den (vollen) Beweis des Gegenteils liefern. Dabei kann er zum einen geltend machen, dass die Voraussetzungen für eine „umgekehrte Beweislast“ aufgrund des Mangels an geeigneten Indizien gar nicht gegeben sind. Gelingt ihm dies nicht, muss er zur vollen Überzeugung des Gerichts nachweisen, dass andere Umstände als die in § 1 AGG genannten Merkmale das in Frage stehende

¹¹⁰² Vgl. BR-Drucks. 329/06, 51.

¹¹⁰³ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/1852, 2, die vom Rechtsausschuss des Bundestags schließlich auch berücksichtigt wurde, vgl. BT-Drucks. 16/2002, 13.

¹¹⁰⁴ BAG, NZA 2004, 540 (543). Vgl. auch *Prütting*, RdA 1999, 107 (111).

¹¹⁰⁵ *Windel*, RdA, 2007, 1 (4).

¹¹⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2002, 13.

Verhalten begründet haben, oder dass trotz des Anknüpfen an ein relevantes Diskriminierungsmerkmal die Ungleichbehandlung aufgrund von § 5, § 19, Abs. 3 oder § 20 AGG gerechtfertigt ist.¹¹⁰⁷

Nimmt man die neue Formulierung allerdings strikt beim Wort (die Rede ist vom *Beweis* von Indizien), gelangt man genau genommen zum Erfordernis des Vollbeweises, da unter „Beweis“ angesichts von § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich das Regelbeweismaß der vollen richterlichen Überzeugung verstanden wird¹¹⁰⁸. Damit läge ein ganz eindeutiger Verstoß gegen die Vorgaben der Richtlinien vor¹¹⁰⁹. Allerdings bliebe dabei nicht nur die inhaltlichen Bedeutung von „Indizien“¹¹¹⁰ – die zwar mehr als eine Behauptung, aber weniger als einen Beweis darstellen¹¹¹¹ – außer Betracht, sondern auch der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, der „in der Sache“ ja gerade keine Änderungen herbeiführen wollte. Zwar verletzt die Vorschrift wohl das Gebot der Umsetzungstransparenz, angesichts dieser Überlegungen ist es im Ergebnis allerdings möglich, mittels einer richtlinienkonformen Auslegung zur Europarechtskonformität der Regelung zu gelangen¹¹¹². Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Vorschrift korrigiert und dabei zum Begriff der Glaubhaftmachung zurückgekehrt werden sollte¹¹¹³.

¹¹⁰⁷ Zum Ganzen Gaier-Wendtland-Gaier, AGG, § 3, Rn. 170 ff., Schiek-Kocher, AGG, § 22, Rn. 49 ff.

¹¹⁰⁸ Vgl. Windel, RdA 2007, 1 (3) mit Nachweisen zur Gegenmeinung.

¹¹⁰⁹ Vgl. Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2006, 774 (774).

¹¹¹⁰ In Rechtsprechung und Literatur ist auch von „Hilfstatsachen“ oder „Beweisanzeichen“ die Rede, vgl. Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, S. 93.

¹¹¹¹ Dazu BAG, AP BGB § 611 a Nr. 23.

¹¹¹² Windel, RdA 2007, 1 (4). Grobys, NZA 2006, 898 (900).

¹¹¹³ Vgl. Windel, RdA 2007, 1 (4).

2. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände

§ 23 Abs. 2 Satz 1 AGG gibt Antidiskriminierungsverbänden¹¹¹⁴ die Befugnis, „im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten“¹¹¹⁵. Dass kollektive Unterstützung in Deutschland dringend notwendig ist, zeigen die Erfahrungen mit der äußerst geringen Zahl von Individualklagen, die auf den ehemaligen § 611 a BGB gestützt worden sind¹¹¹⁶. Allerdings hat sich der deutsche Gesetzgeber mit der jetzigen Regelung sowohl gegen die ursprünglich in Erwägung gezogene Möglichkeit der Verbandsklage¹¹¹⁷, als auch gegen ein Auftreten der Antidiskriminierungsverbände als Bevollmächtigte¹¹¹⁸ entschieden: Verbände haben lediglich das Recht, den Diskriminierten zu „unterstützen“, nicht aber auch unabhängig von ihm gerichtlich vorzugehen¹¹¹⁹. Insgesamt wurde § 23 AGG

¹¹¹⁴ Eine Legaldefinition der Antidiskriminierungsverbände ist in § 23 Abs. 1 AGG enthalten: Dies sind „Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen nach Maßgabe von § 1 wahrnehmen“ (Satz 1). In Betracht kommen daher insbesondere (auch nichtrechtsfähige) Vereine und Stiftungen, aber auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts, wenn sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen (insbesondere nicht nur einen „vorübergehenden Zusammenschluss“ darstellen und „nicht gewerbsmäßig tätig“ sind). Hinsichtlich der fehlenden Gewerbsmäßigkeit und der nicht nur vorübergehenden Interessenswahrung kann nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/1780, 48) auf § 4 Abs. 2 UklG zurückgegriffen werden, dem diese Voraussetzungen entnommen sind. Die Befugnisse gemäß den nachfolgend genannten Absätzen 2 bis 4 stehen den Antidiskriminierungsverbänden nur dann zu, „wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden“ (Satz 2). Maßgeblich für die Prüfung ist dabei die Tatsachenlage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz, vgl. BGH NJW 2000, 738 (739).

¹¹¹⁵ Die bis zum 30. Juni 2008 geltende Fassung von § 23 AGG enthielt noch den Zusatz „(in gerichtlichen Verfahren), in denen eine Vertretung durch Anwälte gesetzlich nicht vorgeschrieben ist“. Es war äußerst umstritten, ob diese Einschränkung mit den Richtlinienvorgaben vereinbar war, vgl. Schiek-Kocher, AGG, § 23, Rn. 17. Die Einschränkung wurde auf Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses (BT-Drucks. 16/6634, 55, 74) mit Art. 19 Abs. 10, 20 Satz 3 Gesetz vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I 2008, 2840) aufgehoben. Es handelt sich dabei um eine Folgeänderung zu § 90 ZPO, wonach der Beistand nicht mehr nur auf den Parteiprozess beschränkt ist.

¹¹¹⁶ Vgl. näher Liebscher, STREIT 2005, 100 (107).

¹¹¹⁷ Vgl. dazu die Auffassung von Scholten (o. Fn. 1098).

¹¹¹⁸ Das Auftreten als Bevollmächtigte war erst durch den Rechtsausschuss abgelehnt worden (vgl. BT-Drucks. 16/2022, 14).

¹¹¹⁹ Vgl. die Kritik bei Liebscher, STREIT 2005, 100 (108).

als „Umsetzung auf der untersten Ebene dessen“ definiert, „was gerade noch mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang zu stehen scheint“¹¹²⁰.

Die Unterstützung der Partei als Beistand (vgl. § 90 ZPO¹¹²¹) gibt den Antidiskriminierungsverbänden lediglich die Befugnis, Prozesshandlungen für die Partei vorzunehmen; Sachvortrag, Anträge und sonstige prozessuale Erklärungen wirken nur dann für die Partei, wenn sie von ihr nicht sofort widerrufen oder berichtigt werden (§ 90 Abs. 2 ZPO)¹¹²². Der Beistand ist damit an das Verhalten der Partei gebunden und kann nur in der mündlichen Verhandlung tätig werden; hingegen ist es ihm verwehrt, Schriftsätze im eigenen Namen und im überindividuellen Interesse einzubringen. Will er die Partei bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung unterstützen, ist ihm dies nur im Rahmen der ihm nach § 23 Abs. 3 AGG gewährten Rechtsberatungsbefugnis¹¹²³ möglich. Obwohl § 23 Abs. 2 keine ausdrückliche Einwilligung der beschwerten Person hinsichtlich des Tätigwerdens des Verbands vorsieht, kann im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (diese fordern eine Einwilligung sowohl bei einer Beteiligung „im Namen“ als auch „zur Unterstützung“ der betroffenen Person) nicht davon ausgegangen werden, dass eine stillschweigende Einwilligung ausreicht¹¹²⁴.

¹¹²⁰ So Rust/Falke-Micklitz, AGG, § 23, Rn. 7, allerdings noch in Bezug auf die bis zum 30. Juni 2008 geltende Fassung (vgl. Fn. 1115); ähnlich Wendeling-Schröder/Stein-Stein, AGG, § 23, Rn. 3.

¹¹²¹ Fassung aufgrund des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes (BGBl. I 2008, 2840). Nach § 90 Abs. 1 ZPO kann als Beistand grundsätzlich nur tätig sein, wer auch als Bevollmächtigter auftreten kann; insofern erweitert § 23 Abs. 2 AGG die Befähigung zum Beistand auf Antidiskriminierungsverbände.

¹¹²² Da nach § 23 Abs. 2 Satz 2 AGG „im übrigen die Vorschriften der Verfahrensordnungen, insbesondere diejenigen, nach denen Beiständen weiterer Vortrag untersagt werden kann, unberührt bleiben“, kann das Gericht diesen bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 157 Abs. 2 ZPO.

¹¹²³ Nach dem bis zum 30. Juni 2008 geltenden Rechtsberatungsgesetz war die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig (vgl. Art. 1 § 1 RBerG); davon befreite § 23 Abs. 3 AGG. Das Gesetz ist durch Art. 20 Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts außer Kraft getreten. Seit 1. Juli 2008 gilt an seiner Stelle das Rechtsdienstleistungsgesetz (BGBl. I 2008, 2840); auch dieses sieht § 23 Abs. 3 AGG als spezialgesetzliche Rechtsdienstleistungsbefugnis (vgl. § 1 Abs. 2 RDG).

¹¹²⁴ Rust/Falke-Micklitz, AG, § 23, Rn. 8, 16. A.A. Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, S. 206 f. Bei Diskriminierungen in unspezifischer Form, d.h. in all den Fällen, in denen eine Diskriminierung „diffus an das Publikum gerichtet ist“, ist das Einwilligungserfordernis im übrigen funktionslos: Denn es ist praktisch unmöglich, die Einwilligung bspw. aller ethnisch diskriminierten Personen einer bestimmten Gruppe einzuholen, vgl. Rust/Falke-Micklitz, AGG, § 23, Rn. 4.

Ausdrücklich aufrechterhalten werden sollen nach § 23 Abs. 4 AGG „die besonderen Klagrechte und Vertretungsbefugnisse von Verbänden zugunsten behinderter Menschen“; dazu gehört die gesetzliche Prozessstandschaft von Verbänden nach § 63 SGB IX¹¹²⁵ sowie das hieran anknüpfende prozessstandschaftliche Klagerecht des § 12 BGG¹¹²⁶; § 13 BGG enthält zudem ein weitergehendes eigenständiges Verbandsklagerecht.

Zu berücksichtigen ist auch, dass Antidiskriminierungsverbände Verstöße gegen das AGG nach dem Unterlassungsklagengesetz¹¹²⁷ geltend machen können¹¹²⁸, denn dieses Gesetz findet auch dann Anwendung, wenn (in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen) Vorschriften zuwidergehandelt wird, die dem Schutz der Verbraucher dienen¹¹²⁹. Da die §§ 19, 20 AGG zumindest sekundär dem Verbraucherschutz dienen, kann ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Rahmen des UklG geltend gemacht werden¹¹³⁰. Voraussetzung für ein Tätigwerden des Verbandes in diesem Rahmen ist allerdings seine Registrierung beim Bundesamt für Justiz; er muss daher bestimmte Voraussetzungen erfüllen – insbesondere muss er rechtsfähig sein –, um in die Liste der sog. qualifizierten Einrichtungen aufgenommen zu werden¹¹³¹.

III. Italien

In Bezug auf die Regelungen zur Beweislast hatte sich der italienische Gesetzgeber trotz der inhaltlich gleichen Vorgaben der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG zunächst für eine völlig unterschiedliche Umsetzung in den nationalen Umsetzungs-

¹¹²⁵ Sozialgesetzbuch Neuntes Buch in der Fassung des Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (BGBI. I 2001, 1047).

¹¹²⁶ Behindertengleichstellungsgesetz, BGBI. I 2002, 1468 ff.

¹¹²⁷ Unterlassungsklagengesetz (BGBI. I 2001, 3138, 3173), zuletzt geändert durch Art. 6 Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBI. I, 2074, 2099).

¹¹²⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/1780, 48 f.

¹¹²⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 UklG. § 2 Abs. 2 UklG enthält im Anschluss daran einen Katalog von Verbraucherschutzgesetzen, unter den zwar nicht auch das AGG fällt. Da die Aufzählung aber nicht abschließend ist, ist dies unschädlich.

¹¹³⁰ Wendeling-Schröder/Stein-Stein, AGG, § 23, Rn. 20, Schiek-Kocher, AGG, § 23, Rn. 23.

¹¹³¹ Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 UklG.

bestimmungen entschieden. Abgesehen davon, dass ein Grund hierfür nicht ersichtlich war, waren im Rahmen des *decr. leg.* Nr. 215/2003 erhebliche Bedenken hinsichtlich der Europarechtskonformität angebracht. Diese hat der Gesetzgeber erst vor kurzer Zeit durch entsprechende gesetzliche Änderungen ausgeräumt.

Positiv zu bewerten ist hingegen die im Rahmen der Mitwirkungsbefugnisse von Antidiskriminierungsverbänden getroffene Entscheidung zugunsten eines Verbandsklagerechts sowohl im Bereich der Rassen- als auch der Geschlechterdiskriminierung. Damit ist der italienische Gesetzgeber nicht nur fortschrittlicher als der deutsche, sondern geht auch über die auf Gemeinschaftsebene festgelegten Vorgaben hinaus.

1. *Decreto legislativo* Nr. 215/2003

1.1 Beweisführung

Wie bereits erwähnt, verweist das *decr. leg.* Nr. 213/2005 im Rahmen des “Rechtsschutzes” (Art. 4) in weitem Umfang auf die Bestimmungen des Art. 44 *T.U. Immigrazione*; dies gilt insbesondere hinsichtlich der Sanktionsregelungen und des Verfahrensablaufs. Bezüglich der Beweislast beschränken sich die im *T.U. Immigrazione* enthaltenen Bestimmungen allerdings auf eine Regelung für den Bereich des Arbeitsrechts (vgl. Art. 44 Abs. 9). Fragen der Beweisführung regelt das *decr. leg.* Nr. 215/2003 daher selbst: Nach der ursprünglichen Fassung des Art. 4 Abs. 3 konnte der Kläger im Rechtsstreit „zum Beweis einer diskriminierenden Handlungen auch auf der Grundlage statistischer Daten schwerwiegende, genau bestimmte und miteinander in Einklang stehende Tatsachen vorbringen, die das Gericht im Rahmen von Art. 2729 Abs. 1 *Codice civile* würdigt“. Nach dieser letztgenannten Vorschrift bleiben „die nicht vom Gesetz aufgestellten Vermutungen der sorgfältigen Würdigung des Gerichts überlassen, das nur schwerwiegende, genau bestimmte und miteinander in Einklang stehende Vermutungen berücksichtigen darf“.

Mittlerweile hat der Gesetzgeber die Vorschrift Form korrigiert bzw. ergänzt: „Legt der Kläger bestimmte und miteinander in Einklang stehende Tatsachen vor, die

sich auch auf statistische Daten gründen können, und sind diese geeignet, das Vorliegen diskriminierender Handlungen, Vereinbarungen oder Verhaltensweisen vermuten zu lassen, obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt“¹¹³².

Traf die ursprüngliche Fassung des *decr. leg.* Nr. 215/2003 lediglich eine Regelung bezüglich der Beweismittel (die Zulässigkeit statistischer Beweise zur Feststellung mittelbarer Diskriminierungen ist in den Erwägungsgründen der Antirassismusrichtlinie im Übrigen ausdrücklich erwähnt¹¹³³) sowie der richterlichen Überzeugungsbildung, und wiederholte die Vorschrift in letztgenannter Hinsicht die ohnehin im Rahmen des *Codice civile* enthaltene Bestimmung lediglich¹¹³⁴, wird die Beweislast nunmehr unter Verzicht auf einen derartigen ausdrücklich dem Beklagten auferlegt.

Die frühere Formulierung entsprach dem *T.U. Immigrazione*¹¹³⁵, der ebenso der Feststellung entbehrt, dass im Falle einer vermuteten Diskriminierung der Beweis des Gegenteils der Gegenpartei auferlegt ist. Da die Zulässigkeit „statistischer Beweise“ statt der Festlegung einer Beweislastumkehr auch keine „für den Kläger günstigere Beweislastregelung“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG darstellte¹¹³⁶, war die getroffene Regelung auf heftige Kritik gestoßen¹¹³⁷: Neben der richtlinienwidrigen Umsetzung – die europarechtlichen Vorgaben verlangen

¹¹³² Die Änderung erfolgte durch Art. 8-sexies *legge* Nr. 101/2008 (vormals *decr. leg.* 59/2008). Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass im Rahmen des die Richtlinie 2000/78/EG umsetzenden *decr. leg.* Nr. 216/2003 die Möglichkeit der Berufung auf statistische Daten nachträglich gestrichen wurde, vgl. Art. 8-septies *legge* Nr. 101/2008 (vormals *decr. legge* Nr. 59/2008). Damit entstehen weitere Differenzierungen, die unter dem Gesichtspunkt einer Vereinheitlichung der Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz nur negativ bewertet werden können; zu den Gründen der Streichung, die auf ausdrücklichen Antrag der *Lega Nord* erfolgte, vgl. näher *Calafà*, *Studium iuris* 2009, 122 (126).

¹¹³³ Vgl. Erw.grund fünfzehn RL 2000/43/EG: „Die Beurteilung von Tatbeständen, die auf eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung schließen lassen, obliegt den einzelstaatlichen gerichtlichen Instanzen oder anderen zuständigen Stellen nach den nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten. In diesen einzelstaatlichen Vorschriften kann insbesondere vorgesehen sein, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist“.

¹¹³⁴ Für überflüssig bzw. nutzlos halten den Verweis daher *Curcio*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 556 und *Senese*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, S. 348.

¹¹³⁵ Im Gegensatz dazu hatte der erste Entwurf des *T.U. Immigrazione* noch eine ausdrückliche Beweislastumkehr vorgesehen, bevor er Änderungen durch das Abgeordnetenhaus unterzogen wurde, vgl. *Palladini*, MGL 2004, 39 (51, Fn. 47), *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.*, 2001, 112 (137).

¹¹³⁶ Vgl. *Maffei*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 305 ff.

¹¹³⁷ Vgl. *Senese*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, S. 349.

ausdrücklich eine „faktische“ Beweislastumkehr – ¹¹³⁸ erfuhr vor allem die fehlende Koordinierung mit den (günstigeren) nationalen Regelungen zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts Kritik¹¹³⁹; diese Uneinheitlichkeit der Beweislastregeln von Opfern geschlechtlicher Diskriminierungen einerseits und rassistischer bzw. ethnischer Diskriminierungen andererseits wurde auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten als problematisch angesehen¹¹⁴⁰.

Der von Anfang an gestellten Forderung¹¹⁴¹ nach einer Neuformulierung der Bestimmung in Form einer Vermutungswirkung und anschließender Beweislastumkehr ist der Gesetzgeber nun endlich nachgekommen.

1.2 Beteiligungsmöglichkeiten von Verbänden

Dass die Verwirklichung von Techniken und Instrumenten zum Schutz kollektiver Interessen einen „Knotenpunkt“¹¹⁴² im Kampf gegen Diskriminierung darstellt, wird auch in der italienischen Literatur immer wieder betont. Dem will der italienische Gesetzgeber dadurch Rechnung tragen, dass er gemäß Art. 5 Abs. 1 *decr. leg.* Nr. 215/2003 Verbänden und Vereinen das Recht gibt, „im Namen des Diskriminierungsopfers tätig zu werden bzw. dieses zu unterstützen“, und daneben vorsieht, dass Verbände auch im Rahmen von Kollektivdiskriminierungen zum Tätigwerden befugt sind (Art. 5 Abs. 3 *decr. leg.* Nr. 215/2003).

Ein Tätigwerden des Antidiskriminierungsverbandes bei Kollektivdiskriminierungen ist allerdings nur dann möglich, „wenn („qualora“) die beschwerten Personen nicht konkret und unverzüglich identifiziert werden können“. Ihrem Wortlaut nach ist die Bestimmung so zu verstehen, dass ein Tätigwerden des Verbandes einzig und allein unter der Bedingung zulässig ist, dass die Diskriminierungsopfer nicht identifizierbar

¹¹³⁸ Palladini, MGL 2004, 39 (51), *Di Paola*, NLCC 2003, 855 (883, Fn. 110).

¹¹³⁹ Dazu sogleich unter 2.1.

¹¹⁴⁰ Näher *Pizzoferrato*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 293 f.

¹¹⁴¹ Vgl. *Curcio*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 557 ff., *Senese*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 349 f.

¹¹⁴² *Morozzo della Rocca*, *Dir. fam. pers.* 2001, 112 (134).

sind; es müsste sich also um Diskriminierungen gegenüber einer Gruppe von einzeln nicht unterscheidbaren Personen handeln¹¹⁴³. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein Tätigwerden der Verbände zwar zulässig sein sollte, wenn die einzelnen Personen nicht identifizierbar sind, nicht aber, wenn die Benachteiligten bekannt sind. Eine derartige Unterscheidung würde der *ratio* und der Zweckbestimmung der im *decr. leg.* Nr. 215/2003 getroffenen Regelungen widersprechen¹¹⁴⁴. Daneben ist auch schwer erklärbar, warum der italienische Gesetzgeber im Verhältnis zum *T.U. Immigrazione* Einschränkungen vornehmen wollte: dort heißt es in Art. 44 Abs. 10 nicht *wenn*, sondern *auch wenn* („*anche se*“). Damit werden schon implizit die Fälle erfasst, in denen die Diskriminierungsopfer einzeln identifizierbar sind. Auf der Grundlage dieser Überlegungen und der möglichst effektiven Gestaltung des Diskriminierungsschutzes wegen ist die Bestimmung so zu verstehen, dass Verbände auch im Falle einzeln unterscheidbarer Personen zum Tätigwerden befugt sind¹¹⁴⁵.

Bedingung für ein entsprechendes Tätigwerden ist die Eintragung des Verbandes in ein vom Arbeits- und Sozialministerium und vom Ministerium für Chancengleichheit aufgestelltes Verzeichnis¹¹⁴⁶. Dabei sind insbesondere die Zwecksetzung des Verbandes zu berücksichtigen sowie die Tatsache, dass er seine Tätigkeit „nicht nur vorübergehend ausübt“; weitere Voraussetzungen legt Art. 6 *decr. leg.* Nr. 215/2003 fest: Dazu gehört unter anderem, dass der Verband seit mindestens einem Jahr besteht, er darf keine Gewinnerzielungsabsichten verfolgen und aus der Satzung muss hervorgehen, dass er sich „ausschließlich oder vorwiegend zum Ziel setzt“, gegen Diskriminierungen vorzugehen¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ Torrice, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 309.

¹¹⁴⁴ Curcio, in Barbera, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, S. 547.

¹¹⁴⁵ Pizzoferrato, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 292.

¹¹⁴⁶ In dieses Verzeichnis können zum einen die Vereinigungen und Verbände aufgenommen werden, die bereits in das Verzeichnis nach Art. 52 Abs. 1 Buchst. a) des *decreto del Presidente della Repubblica* Nr. 394 vom 31. August 1999 eingetragen sind, zum anderen die Vereinigungen, die im Kampf gegen Diskriminierung tätig sind und in ein von der *presidenza del consiglio dei ministri* herausgegebenes Verzeichnis eingetragen sind (vgl. Art. 6 *decr. leg.* Nr. 215/2003). Zum jetzigen Zeitpunkt unterscheiden sich diese beiden Gruppen allerdings nicht, da in letztgenanntes Verzeichnis sämtliche Verbände des erstgenannten eingetragen worden sind. Vgl. näher Maffei, Offerta al pubblico e divieto di discriminazione, S. 298.

¹¹⁴⁷ Näher Curcio, in Fabeni/Toniollo, La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, S. 359.

Damit der eingetragene Verband zugunsten einer einzelnen beschwerten Person tätig werden kann, ist deren Einwilligung notwendig; insofern kommt das *decr. leg.* Nr. 215/2003 – anders als das AGG – den Anforderungen der Richtlinie 2000/43/EG nach. Wie auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wird dabei auch im nationalen Recht klargestellt, dass eine solche Einwilligung natürlich nur im Falle von Individualdiskriminierungen verlangt werden kann, da bei kollektiven Diskriminierungen niemals alle betroffenen Personen ausgemacht werden können¹¹⁴⁸.

Weitergehend als die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bestimmt das *decr. leg.* Nr. 215/2003 allerdings, dass die verlangte Bevollmächtigung entweder notariell beurkundet oder öffentlich beglaubigt sein muss; andernfalls ist sie nichtig (Art. 5 Abs. 1). Dieses Erfordernis hat Kritik ausgelöst, da man mit ihm die Gefahr einer zusätzlichen Belastung des Diskriminierungsopfers bei der Beschreitung des Rechtswegs verbunden sieht¹¹⁴⁹. Ein Vergleich mit den im Rahmen der Geschlechtergleichheit im Bereich Beschäftigung und Beruf bestehenden Bestimmungen zeigt, dass diese eine schriftliche Einwilligung ausreichen lassen¹¹⁵⁰. Auf der Grundlage dieser Überlegungen wird daher vorgeschlagen, die Regelung umzuformulieren und die einfache Schriftform genügen zu lassen¹¹⁵¹. Von den in der Folgezeit am *decr. leg.* Nr. 215/2003 vorgenommen bereits erwähnten Änderungen war zwar auch die Formulierung von Art. 5 Abs. 1 betroffen, allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung¹¹⁵².

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass in all den Fällen, in denen die diskriminierten Personen Verbraucher sind, gemäß Art. 140 *Codice del consumo*¹¹⁵³ eine Verbandsklage derjenigen Verbraucherschutzorganisationen in Frage kommt¹¹⁵⁴, die

¹¹⁴⁸ Vgl. *Relazione illustrativa* ("Schema di decreto legislativo recante il recepimento della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica"), S. 2 f.

¹¹⁴⁹ So *Curcio*, in Fabeni/Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, S. 358 ff.

¹¹⁵⁰ Vgl. Art. 36 Abs. 2 *Cpo*.

¹¹⁵¹ Vgl. *disegno legge* Nr. 4389 vom 16. Oktober 2003. Zwar bezieht sich dieser auf Änderungen des *decr. leg.* Nr. 216/2003 (das die Richtlinie 2000/78/EG umsetzt), doch stimmt dessen Wortlaut mit dem des *decr. leg.* Nr. 215/2003 im Hinblick auf die hier untersuchte Bestimmung überein. Daher sind die angestellten Überlegungen auf das *decr. leg.* Nr. 213/2005 übertragbar.

¹¹⁵² Vgl. die durch Art. 8-sexies *legge* Nr. 101/2008 (vormals *decr. legge* 59/2008) erfolgten Änderungen.

¹¹⁵³ *Decr. leg.* Nr. 206/2005, GU 235/2006, suppl. ord. 206.

¹¹⁵⁴ Im Rahmen der Klagebefugnis werden die hier untersuchten Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierung im *Codice del consumo* zwar nicht ausdrücklich genannt, doch verletzt eine diskriminieren-

„ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig sind“ und deren „ausschließliches Ziel der Schutz der Verbraucher ist“ (vgl. Art. 137 *Codice del consumo*).

2. *Codice delle pari opportunità*

2.1 Beweisführung

Mit der Formulierung des Art. 55-*sexies Cpo* hält sich der italienische Gesetzgeber strikt an die Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG: Die genannte Bestimmung legt fest, dass wenn die eine Partei „Tatsachen glaubhaft macht“, die eine Verletzung des Diskriminierungsverbots vermuten lassen, dem Beklagten der Beweis obliegt, dass keine Verletzung dieses Verbots vorgelegen hat. Damit knüpft der italienische Gesetzgeber zudem an die im Rahmen der Geschlechtergleichheit in Beschäftigung und Beruf bereits bestehenden Beweislastregeln an¹¹⁵⁵ und setzt zudem die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 9 Richtlinie 2004/113/EG) korrekt um.

2.2 Beteiligungsmöglichkeiten von Antidiskriminierungsverbänden

Art. 55-*septies Cpo* entspricht im Großen und Ganzen Art. 5 *decr. leg.* Nr. 215/2003: Er gibt Verbänden und Vereinen das Recht, im Namen des Diskriminierungsopfers tätig zu werden bzw. dieses zu unterstützen. Die Befugnis dazu erhalten nur die diejenigen Zusammenschlüsse, die „unter Berücksichtigung ihrer Zwecksetzung und ihrer nicht nur vorübergehenden Tätigkeit“ in ein Verzeichnis eingetragen sind, das entweder vom Vorsitzenden des Ministerrats oder auf dessen Anweisung vom

de Handlung das Recht des Verbrauchers auf ein Verhalten nach Treu und Glauben seines Vertragspartners; mehrere diskriminierende Handlungen bedeuten damit die Verletzung eines kollektiven Interesses der Verbraucher (die Klagebefugnis der Verbraucherschutzorganisationen greift nach Art. 139 Abs. 1 *Codice del consumo* zum Schutz von „Kollektivinteressen“) sowie des Rechts auf freien Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, vgl. näher *Maffeis*, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, S. 297 ff.

¹¹⁵⁵ Vgl. Art. 40 *Cpo* (früherer Art. 4 Abs. 6 *legge* Nr. 125/1991).

Ministerium für Chancengleichheit im Einverständnis mit dem Wirtschaftsminister herausgegeben wird. Zudem ist ein Tätigwerden der genannten Verbände im Falle von Kollektivdiskriminierungen auch im Rahmen von Geschlechterdiskriminierungen möglich, „wenn“ („*qualora*“) die einzelnen Diskriminierungsopfer nicht unverzüglich ausgemacht werden können. Dass eine derartige Befugnis auch dann greifen muss, wenn die einzelnen beschwerten Personen identifiziert werden können, wurde bereits im Rahmen der Ausführungen zum *decr. leg.* Nr. 215/2003 geklärt. Auch hinsichtlich des genannten Erfordernisses einer Einwilligung des Diskriminierungsopfers in Form der notariellen Beurkundung oder öffentlichen Beglaubigung kann auf die Überlegungen zum Verbot der Rassendiskriminierung verwiesen werden.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Die Regelung der Sanktionen überlässt der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber weitgehend den Mitgliedstaaten: Die „Antidiskriminierungsrichtlinien“ beschränken sich auf das Erfordernis „wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen“ und nennen in diesem Zusammenhang Schadensersatzleistungen lediglich beispielhaft. Nach den Richtlinienvorgaben ist der nationale Gesetzgeber damit bei der Ausgestaltung der Rechtsbehelfe relativ frei; beschränkt wird diese Autonomie allerdings auf der Grundlage der durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Prinzipien zum Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz.

Das AGG gewährt bei Verstößen gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot sowohl Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, als auch den Anspruch auf Ersatz des Vermögens- und Nichtvermögensschadens. Geht man davon aus, dass sowohl der Vermögens-, als auch der Nichtvermögensschaden verschuldensabhängig zu gewähren sind (der Wortlaut der Bestimmung ist hier nicht eindeutig), sind angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht berechnete Zweifel hinsichtlich der Europarechtskonformität der Regelung angebracht. Ein zweiter zentraler Diskussionspunkt im Rahmen der Sanktionsregelungen ist die Frage danach, ob das AGG im Falle einer diskriminierenden Vertragsverweigerung der betroffenen Person einen Anspruch auf Abschluss des Vertrages zugestehen will. Anders als noch der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes enthält der zivilrechtliche Teil des AGG keine ausdrückliche Regelung. Zum Schutz des Interesses des Benachteiligten am

konkreten Vertragsabschluss und im Hinblick auf die Effektivität der Sanktionen wird vorliegend zugunsten eines Kontrahierungszwangs plädiert.

In Italien stellen sich im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft auch im Rahmen der Sanktionen Koordinierungsprobleme mit dem sog. *T.U. Immigrazione*, auf dessen Sanktionsapparat das *decr. leg.* Nr. 215/2003 zwar nicht vollumfänglich, aber doch in weiten Teilen verweist. Bei genauerem Hinsehen widersprechen sich die in den zwei gesetzlichen Regelwerken zu den Sanktionen enthaltenen Bestimmungen zwar nicht; eine einheitliche(re) Formulierung hätte das Verständnis aber erleichtern und (letzte) Auslegungszweifel beseitigen können.

Sowohl die Umsetzungsbestimmungen hinsichtlich des Diskriminierungsschutzes aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft als auch die im *Codice delle pari opportunità* enthaltenen Regelungen zur Geschlechterdiskriminierung entbehren einer Bestimmung zum Kontrahierungszwang. Die Diskussionen in der italienischen Literatur drehen sich allerdings überwiegend nicht so sehr um Für und Wider, als vielmehr um die Grundlage eines Anspruchs auf Vertragsschluss; im Ergebnis wird ein solcher entweder auf der Basis eines Schadensersatzanspruchs oder aber mittels der Erlangung eines Urteils, das die Wirkungen des nicht abgeschlossenen Vertrages erzeugt, gewährt. Beide Lösungswege sind nicht unproblematisch und sehen sich daher der Kritik ausgesetzt.

Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs – ersetzbar sind sowohl Vermögens- als auch Nichtvermögensschäden – ist fraglich, ob dieser verschuldensabhängig oder-unabhängig gewährt werden soll. Zwar enthalten die Umsetzungsbestimmungen keine ausdrückliche Regelung; im Hinblick auf die Entwicklung der Rechtsprechung und die Gleichsetzung der bloßen „Wirkung“ der diskriminierenden Handlung mit ihrem „Zweck“, erscheint es folgerichtiger, von einer verschuldensunabhängigen Haftung auszugehen.

Was schließlich die Rechtsdurchsetzung betrifft, so hängen Praktikabilität und Effektivität des Antidiskriminierungsrechts in erster Linie von den Regeln zur Beweislast und den Handlungsmöglichkeiten von Antidiskriminierungsverbänden ab. Daher hat der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber spezielle Regelungen im Sinne einer „faktischen“ Umkehr der Beweislast geschaffen, die die häufig aufgrund typischer Informationsasymmetrien bestehende Beweisnot von Diskriminierungsopfern im Prozess erleichtern sollen. Bedenken hinsichtlich der korrekten Umsetzung dieser

Regelungen können im deutschen Recht im Lichte einer richtlinienkonformen Auslegung der Vorschrift zur Beweisführung ausgeräumt werden; in Italien hingegen hat der Gesetzgeber durch die im Jahr 2008 vorgenommene Änderungen an den Beweislastregeln im *decreto legislativo* Nr. 215/2003 der (berechtigten) Kritik an der ursprünglichen Regelung getragen.

In Bezug auf die Tätigkeit von Antidiskriminierungsverbänden lassen die europarechtlichen Vorgaben den Mitgliedstaaten einen relativ weiten Gestaltungsspielraum, denn sie verlangen lediglich nach einer Unterstützung zur Durchsetzung von Individualansprüchen; es bleibt den nationalen Gesetzgebern damit unbelassen, weitergehende Regelungen einzuführen. Diese Möglichkeit hat der italienische Gesetzgeber insofern genutzt, als er eine Mitwirkungsbefugnis von Verbänden auch bei Kollektivdiskriminierungen ermöglicht; anders das deutsche Recht, dessen Regelungen nur als „Minimalumsetzung“ bezeichnet werden können.

GESAMTERGEBNIS UND AUSBLICK

A. „Ethik“ im Vertragsrecht und Gleichheitshierarchien im Antidiskriminierungsrecht

Die inhaltliche Ausgestaltung des Antidiskriminierungsrechts, das eng mit dem Begriff der Gleichheit verknüpft ist, hängt davon ab, welche Konzeption der Gleichheit – Gleichheit als „Symmetrie“, Chancen-, oder Ergebnisgleichheit – als Ausgangspunkt genommen wird. Dass die Diskriminierungsverbote auf völkerrechtlicher, gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Ebene zum Teil völlig unterschiedliche Merkmale erfassen und verschiedenen Gleichheitsmodellen zuzuordnen sind, ist im Laufe der Arbeit unter mehreren Aspekten deutlich geworden.

Ebenso deutlich geworden ist, dass Antidiskriminierungsrecht auch jenseits des Arbeitsrechts erforderlich ist. Wer den Markt mit dem Hinweis auf dessen Bedürfnisgerechtigkeit als Alternative zu privatrechtlichen Antidiskriminierungsverboten sieht, blendet die soziale Realität zumindest teilweise aus. Dass sich Diskriminierungsschutz entgegen der Vorwürfe zahlreicher Kritiker – die sich gegen „ethische Verhaltensanforderungen“ im Recht aussprechen und eine exzessive Beschränkung der Vertragsfreiheit befürchten – auch in das Modell einer Privatrechtsgesellschaft einfügen lässt, hat die Untersuchung dargelegt: Vertragsfreiheit ist keine vorgegebene Freiheit, sondern wird inhaltlich durch das Recht bestimmt, nicht umgekehrt; und Vertragsrecht kann sich bezüglich der Frage nach Diskriminierungsschutz niemals neutral verhalten, sondern ist immer „ethisch“ ausgestaltet und wirkt dabei stets distributiv.

Die verkürzte Wahrnehmung des Schutzes vor Diskriminierung war lange Zeit dadurch bedingt, dass die völkerrechtliche Ebene mehr oder weniger ausgeblendet

worden ist. Nicht immer wurde der Tatsache Rechnung getragen, dass sich die aufgrund der Antidiskriminierungsrichtlinien bestehenden Verpflichtungen Deutschlands und Italiens in weitem Maße mit denjenigen decken, die bereits aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen bestanden. Das Völkerrecht betont seit langem die zentrale Stellung von Diskriminierungsverboten aufgrund verschiedenster Merkmale und die Verpflichtung, auch gegen Diskriminierungen in privaten Rechtsbeziehungen vorzugehen. Insbesondere die UN-Diskriminierungspakte mit ihren asymmetrischen Diskriminierungsverboten und der Verpflichtung zur Durchsetzung der Gleichbehandlung in der Rechtswirklichkeit können dabei dem Modell substantieller Gleichheit zugeordnet werden.

Die Darstellung der normativen Grundlagen auf Gemeinschaftsebene offenbart ein gemischtes Bild: Dieses zeugt (nach wie vor) von Hierarchien, die allerdings im Primär- und im Sekundärrecht unterschiedlicher Art sind. Im Sekundärrecht stehen seit Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien der „neuen Generation“ die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft an erster Stelle, gefolgt vom Geschlecht. Gemeinsam ist diesen drei Kategorien, dass sie nicht nur im Bereich des Arbeitsrechts, sondern auch im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts Schutz erfahren, wenn auch mit unterschiedlicher Reichweite. Dahinter zurück stehen die Merkmale Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung: Sie werden zwar allesamt in Art. 13 EGV genannt, erfahren im Sekundärrecht bisher aber nur im Bereich Beschäftigung und Beruf Schutz. An der Spitze des Primärrechts steht weiterhin unangefochten der Schutz des Merkmals Geschlecht: Art 141 EGV verkörpert einen positiven Gestaltungsauftrag und ermächtigt zu Maßnahmen der Chancengleichheit und Gleichbehandlung, während Art. 13 EGV eine rein abwehrende Zielrichtung kennzeichnet. Die Charta der Grundrechte wiederum enthält zwar im Gegensatz zu Art. 13 EGV keine abschließende Liste möglicher Diskriminierungsmerkmale und bezieht auch sog. „ökonomische Merkmale“ mit ein, doch sind auch ihr Gleichheitshierarchien nicht fremd: So enthält sie ausschließlich in Bezug auf das Geschlecht ein Gleichstellungsgebot.

Ob die Antidiskriminierungsrichtlinien dem Konzept substantieller oder formeller Gleichheit zuzuordnen sind, ist umstritten, die besseren Gründe scheinen jedoch für eine (zumindest *grundsätzliche*) Zuordnung des EU-Gleichbehandlungsrechts zum Prinzip der individuellen Gerechtigkeit zu sprechen: Gerade die von den Richtlinien vorgenommene Gleichsetzung des Prinzips der Gleichbehandlung mit dem (bloßen) Nichtvorhandensein von Diskriminierung liefert dafür eine erste Begründung: Denn ist

Gleichbehandlung nichts anderes als Nichtdiskriminierung, lässt dies schwerlich auf eine Zweckausrichtung in Form von Chancen-, oder gar Ergebnisgleichheit schließen.

Wieder anders stellen sich die verfassungsrechtlichen Grundlagen dar: Die im Grundgesetz enthaltenen Diskriminierungsverbote, die den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisieren und begrenzen, können in drei verschiedene Regelungskomplexe unterteilt werden: Am stärksten ist der Schutz aufgrund des Geschlechts ausgebaut, da das Grundgesetz nicht nur ein striktes Differenzierungsverbot, sondern ein darüber hinausgehendes ausdrückliches Förderungsgebot enthält, das dem Konzept der Chancengleichheit im substantiellen Sinn zugeordnet werden kann. Neben dem Geschlecht schützt das Grundgesetz außerdem vor Diskriminierungen aufgrund der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens sowie der religiösen und politischen Anschauungen, die nach überwiegender Auffassung aber nicht zu kompensatorischen Maßnahmen ermächtigen; im Verhältnis zu diesen nimmt das Merkmal der Behinderung eine Sonderstellung ein, da aufgrund einer Behinderung zwar nicht „benachteiligt“, wohl aber bevorzugt werden darf. Die Möglichkeit kompensierender staatlicher Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile rückt dieses (reine) Benachteiligungsverbot damit dogmatisch und inhaltlich eher in die Nähe des Merkmals Geschlechts.

Die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote sind zwar primär als Abwehrrechte der Grundrechtsträger gegenüber der staatlichen Gewalt konzipiert, sie wirken aber als grundgesetzliche Wertentscheidungen im Horizontalverhältnis zwischen Bürgern über die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts. Die vor Erlass des AGG teilweise erhobenen Behauptungen, das deutsche Recht gewähre auf dieser Grundlage bereits einen ausreichenden Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr, konnten keine Bestätigung finden: Denn im Bereich Arbeits-, Wohnungs- und Gaststättenrecht geht es meist nicht um sittenwidrige Verträge, sondern um Vertragsverweigerungen, in deren Rahmen sich § 138 BGB als unbrauchbar erweist. Zudem ist der Betroffene hier meist an einem Vertragsschluss interessiert; daher sind für ihn Schadensersatzansprüche (etwa nach § 823 und § 826 BGB) nur von sekundärem Interesse. Begründungsversuche hinsichtlich eines Kontrahierungszwangs sahen sich jedoch zahlreichen Schwierigkeiten und vielfacher Kritik ausgesetzt.

Im Hinblick auf den Gleichheitssatz und die Diskriminierungsmerkmale zeichnet sich die *Costituzione* einerseits durch eine nicht abschließende Liste von geschützten Merkmalen aus: Dafür sprechen die in Art. 3 Abs. 1 *Costituzione* im Anschluss an die

Merkmale Geschlecht, Rasse, Religion und politische Anschauung erwähnten „persönlichen und sozialen Bedingungen“, auf deren Grundlage dafür plädiert wird, auch nicht ausdrücklich erwähnte Merkmale wie Behinderung, sexuelle Orientierung und Alter in den Schutzbereich einzubeziehen. Die andererseits in der *Costituzione* an den Staat gerichtete enthaltene Verpflichtung zur Beseitigung von „Hindernissen wirtschaftlicher und sozialer Art, die die die Freiheit und Gleichheit der Bürger faktisch beeinträchtigen“, zielt darauf ab, den Genuss der abstrakt jedermann zuerkannten Rechte mittels einer Beseitigung faktischer Ungleichheiten auch konkret zu gewährleisten. Es geht hier um einen Ausgleich der faktischen und sozialen Bedingungen, der es ermöglichen soll, auf der sodann geschaffenen Grundlage die gesellschaftlichen Verhältnisse in einer Weise neu zu definieren, dass potentielle „Risikogruppen“ bessere Ergebnisse erzielen können. Da rein ergebnisorientierte Maßnahmen damit abgelehnt werden, ist das in Art. 3 *Costituzione* enthaltene Gleichheitsmodell auf das Konzept der Chancengleichheit in substantiellem Sinne ausgerichtet.

Die bisherigen Feststellungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – dass „auch Privatpersonen dem Gebot Beachtung schenken müssen, aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Sprache und der Religion nicht zu diskriminieren“ – hat für die in Frage stehenden „Diskriminierungsfälle“ nicht die erhoffte Lösung gebracht. Die *Corte di Cassazione* zeigt eine restriktive Haltung, und lehnt eine Pflicht zur Gleichbehandlung im bestehenden Vertragsverhältnis ausdrücklich ab. Scheitern mussten auch die hinsichtlich der diskriminierenden Vertragsverweigerungen in der Literatur vorgenommen Versuche, aus den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen zum Kontrahierungszwang – wie beispielsweise Art. 2597 Codice civile, der Unternehmen in Monopolstellung dazu verpflichtet, „unter Berücksichtigung des Prinzips der Gleichbehandlung, mit jedem, der danach verlangt, zu kontrahieren“ –, ein weitergehendes, „elastisches Prinzip“ zur Sanktionierung diskriminierender Vertragsverweigerungen abzuleiten.

Ein zunächst positives Echo konnte daher der Erlass des sog. *Testo unico dell’Immigrazione* aus dem Jahr 1998 finden. Das genannte Regelwerk schützt vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse, der Religion, der Nationalität und der ethnischen Herkunft, und zwar auch außerhalb des Bereichs von Beschäftigung und Beruf, wie beispielsweise bei öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen, die „nicht verweigert bzw. zu nachteiligen Bedingungen geliefert werden“ dürfen. In der

nationalen Gesetzgebung stellten diese Vorgaben zwar einen bedeutenden Schritt nach vorne im Kampf gegen Diskriminierungen im Privatrecht dar; den mit Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien aufgestellten Anforderungen konnten sie aber nicht vollends genügen.

B. *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – ein Modell?*

Die zwischen den Jahren 2003 und 2007 erlassenen nationalen – deutschen und italienischen – Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG, die u.a. beim „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, Anwendung finden, unterscheiden sich nicht unwesentlich. Zwar gilt dies nicht in Bezug auf die verschiedenen Diskriminierungsformen (unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, Belästigung und sexuelle Belästigung sowie Anweisungsdiskriminierung), deren Definitionen sowohl im italienischen als auch im deutschen Recht aus den Richtlinien fast wortlautgetreu übernommen wurden (wenn auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nicht immer ganz konsequent von „Benachteiligung“ anstatt von Diskriminierung spricht). Anders stellt sich die Situation hinsichtlich der Geltung des Diskriminierungsverbots dar: Denn der deutsche Gesetzgeber ist mit den in den §§ 19 ff. AGG enthaltenen Bestimmungen „zum Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr“ insoweit über die europarechtlichen Vorgaben hinausgegangen, als er beschränkt auf Massengeschäfte bzw. sog. „massenähnliche Geschäfte“ und Privatversicherungsverträge neben Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht auch die Merkmale Alter, Religion, Behinderung und sexuelle Identität in den Schutzbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots einbezieht. Der Schutz dieser Merkmale ist auf Gemeinschaftsebene bisher lediglich im Rahmen von Beschäftigung und Beruf vorgesehen. Dass die Vertragsfreiheit des Anbieters trotz dieser Ausweitung nicht über das erforderliche Maß hinaus eingeschränkt ist, wird u.a. an den im Rahmen des Anwendungsbereichs enthaltenen abgestuften Regelungen deutlich, die einen Ausgleich zwischen der Selbstbestimmung des Diskriminierenden und der Privatautonomie des potentiellen Opfers ermöglichen. Differenzierte Lösungen werden zudem durch weitere Ausnahmeregelungen ermöglicht, die sowohl im Allgemeinen Teil als auch im Rahmen der speziell dem Zivilrechtsverkehr gewidmeten Bestimmungen enthalten sind, und die

eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen bzw. das Vorliegen einer Benachteiligung von vornherein ausschließen können.

Der italienische Gesetzgeber ist insbesondere hinsichtlich seiner Entscheidung, die Inhalte der einzelnen Richtlinien auf „mechanische“ Art und Weise und getrennt voneinander umzusetzen, kritisiert worden. Vor allem die gemeinsame Umsetzung der im gleichen Jahr erlassenen Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG hätte sich angeboten, um den Schutz vor den dort genannten Merkmalen ähnlich wie im AGG zu vereinheitlichen, und so manche nunmehr bestehende „Ungleichheit“ vermeiden helfen können. Die die Vorgaben der Antirassismusrichtlinie umsetzenden Bestimmungen (*decreto legislativo* Nr. 215/2003) nehmen teilweise ausdrücklich auf die Bestimmungen des *T.U. Immigrazione* Bezug bzw. erklären diese für anwendbar, was auf den ersten Blick positiv bewertet werden kann: Denn das zeitlich ältere Regelwerk geht insofern über den im Rahmen des *decreto legislativo* Nr. 215/2003 vorgesehenen – auf Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft beschränkten – Schutz hinaus, als es auch vor Diskriminierungen aufgrund der Religion und der Nationalität schützt. Allerdings entbehrt die teilverweisende Gesetzgebungstechnik nahezu jeder Koordination zwischen den jeweiligen Schutzvorschriften: Dies gilt sowohl in Bezug auf den Anwendungsbereich, als auch hinsichtlich des Begriffes der Diskriminierung und bereitet erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Die bisher erfolgten, wegen der zum Teil fehlerhaften Umsetzung der Richtlinienvorgaben notwendig gewordenen Korrekturen durch den Gesetzgeber haben dem nicht abgeholfen; weitere Nachbesserungen sind daher dringend angezeigt. Die Umsetzungsbestimmungen der Richtlinie 2004/113/EG hingegen sind bisher nahezu unbeachtet geblieben. Der italienische Gesetzgeber hat hier für eine Ergänzung des erst im Jahr 2006 erlassenen *Codice delle pari opportunità* plädiert und die sekundärrechtlichen Vorgaben in dessen Drittes Buch integriert, das der „Chancengleichheit von Mann und Frau in wirtschaftlicher Hinsicht“ gewidmet ist. Die mechanische Art und Weise ihrer Umsetzung wird hier besonders deutlich.

Im Rahmen der Regelung der Sanktionen, die der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber weitgehend den Mitgliedstaaten überlässt, sind die nationalen Gesetzgeber dazu angehalten, die ihnen zustehenden „Freiräume“ innerhalb der Grenzen des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes zu nutzen. Das AGG gewährt bei Verstößen gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot sowohl Beseitigungs-, und Unterlassungsansprüche als auch den Anspruch auf Ersatz von Vermögens- und Nichtvermögens-

schäden. Geht man davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber sowohl den Vermögens-, als auch der Nichtvermögensschaden verschuldensabhängig gewähren will (der Wortlaut der Bestimmung ist hier nicht eindeutig), sind angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht berechtigte Zweifel hinsichtlich der Europarechtskonformität der Regelung angebracht. Hinsichtlich des zweiten zentralen Diskussionspunkts im Rahmen der Sanktionsregelungen – der Frage danach, ob der betroffenen Person im Falle einer diskriminierenden Vertragsverweigerung ein Anspruch auf Abschluss des Vertrages gewährt werden soll – enthält der zivilrechtliche Teil des AGG (anders als noch der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes) keine ausdrückliche Regelung. Zum Schutz des Interesses des Benachteiligten am konkreten Vertragsabschluss und im Hinblick auf die Effektivität der Sanktionen wurde vorliegend zugunsten eines Kontrahierungszwangs plädiert.

Im Hinblick auf die Sanktionen bei Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft stellen sich im Rahmen der italienischen Umsetzungsbestimmungen (wieder einmal) Koordinierungsprobleme mit den im *T.U. Immigrazione* enthaltenen Regelungen, auf dessen Sanktionsapparat das *decreto legislativo* Nr. 215/2003 in weiten Teilen verweist. Zwar widersprechen sich die in den zwei gesetzlichen Regelwerken zu den Sanktionen enthaltenen Bestimmungen bei genauerem Hinsehen nicht; eine einheitliche(re) Formulierung hätte das Verständnis aber erleichtern und (letzte) Auslegungszweifel beseitigen können. An dieser Tatsache kann auch der erst vor kurzem eingefügte Zusatz, dass sich der Rechtsschutz nach den Bestimmungen des *T.U. Immigrazione* richtet, „soweit er mit diesen vereinbar ist“¹¹⁵⁶, nicht grundsätzlich etwas ändern.

Wie der deutsche hat der italienische Gesetzgeber keine ausdrückliche Regelung zum Kontrahierungszwang getroffen, und zwar weder im Rahmen des *decreto legislativo* Nr. 215/2003, noch im Rahmen des *Codice delle pari opportunità*. Die Diskussionen in der italienischen Literatur drehen sich aber nicht so sehr um ein Für und Wider, als vielmehr um die Grundlage eines Anspruchs auf Vertragsschluss im Falle diskriminierender Vertragsverweigerung; im Ergebnis wird entweder für eine Anwendung von Art. 2932 *Codice civile* – auf dessen Grundlage die betroffene Person ein Urteil erlangen kann, das die Wirkungen des nicht abgeschlossenen Vertrages erzeugt –

¹¹⁵⁶ Vgl. Art. 8-sexies *legge* Nr. 101/2008 (vormals *decr. legge* Nr. 59/2008).

oder für einen Rückgriff auf Art. 2058 *Codice civile* plädiert, der nach der „Wiederherstellung des früheren Zustands“ verlangt. Was schließlich den Schadensersatzanspruch anbelangt, der sowohl den Vermögens-, als auch den Nichtvermögensschaden mitumfasst, ist umstritten – denn im Gegensatz zu den deutschen Umsetzungsbestimmungen entbehren die italienischen Regelungen einer ausdrücklichen Bestimmung –, ob dieser verschuldensabhängig oder verschuldensunabhängig gewährt werden soll. Im Hinblick auf die Entwicklung der Rechtsprechung und die Gleichsetzung der bloßen „Wirkung“ der diskriminierenden Handlung mit ihrem „Zweck“, erscheint es folgerichtiger, von einer verschuldensunabhängigen Haftung auszugehen.

Dass Praktikabilität und Effektivität des Antidiskriminierungsrechts ganz entscheidend von den im Rahmen der Rechtsdurchsetzung gewährten Möglichkeiten und insbesondere von den Regeln zur Beweislast und den Handlungsmöglichkeiten von Antidiskriminierungsverbänden abhängen, wird zu Recht immer wieder betont. Während die Umsetzung der durch den Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber geforderten Beweislastumkehr so, wie sie im Rahmen des *decreto legislativo* Nr. 215/2003 ursprünglich vorgesehen war, als mit den europarechtlichen Vorgaben unvereinbar erachtet wurde (der Gesetzgeber hat die Regelung mittlerweile nachgebessert), können ähnliche Zweifel im Hinblick auf die Bestimmungen des AGG im Lichte einer richtlinienkonformen Auslegung ausgeräumt werden; allerdings ändert dies nichts daran, dass die Bestimmung der Klarheit wegen nachgebessert werden sollte. Verbesserungsfähig erscheint auch die vom deutschen Gesetzgeber getroffene „Minimalumsetzung“ hinsichtlich der Tätigkeit von Antidiskriminierungsverbänden, deren Befugnisse auf eine Funktion als Beistände beschränkt ist. In Italien hat man hier für weitergehende Möglichkeiten auch bei Kollektivdiskriminierungen optiert.

Insgesamt hat der italienische Gesetzgeber, wie mehrfach hervorgehoben wurde, die Richtlinieninhalte eher mechanisch und ohne eine ausreichende Berücksichtigung der bereits vorhandenen Regelungen in das nationale Recht umgesetzt. Die erst Mitte des vergangenen Jahres erfolgten Korrekturen haben in dieser Hinsicht keine Verbesserung gebracht – im Gegenteil: Neue Differenzierungen verhindern das erhoffte „Minimum an Vereinheitlichung“, das in einem Bereich wie dem des Antidiskrimi-

nierungsrechts „so dringend notwendig wäre“¹¹⁵⁷. Damit wurde zunächst die Chance vertan, durch Vereinheitlichung und koordinierte Ergänzung einen effektiv(er)en Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr zu schaffen. Verwunderlich ist dabei insbesondere, dass über eine gemeinsame Umsetzung der fast zeitgleich erlassenen Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG nicht einmal nachgedacht worden ist; eine zumindest teilweise Erweiterung der im Zivilrechtsverkehr schützenswerten Diskriminierungsmerkmale hätte sich – dies gilt insbesondere hinsichtlich des Merkmals Religion, das auch bereits dem Schutzbereich des *T.U. Immigrazione* unterfällt – durchaus angeboten.

Der deutsche Gesetzgeber hingegen scheint die weiteren Entwicklungen auf Gemeinschaftsrechtsebene in gewisser Weise vorausgeahnt zu haben: Denn mittlerweile liegt ein Richtlinienentwurf zur „Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ungeachtet der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ vor, der entsprechende Diskriminierungsverbote auch außerhalb von Beschäftigung und Beruf vorsieht¹¹⁵⁸. Sollte es nicht nur bei einem Entwurf bleiben, stellt sich die Frage, ob das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz für andere nationale Rechtsordnungen als „Modell“ wirken könnte – eine Überlegung, die sich im übrigen auch im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung des *Draft Common Frame of Reference* stellt.

Damit das deutsche Gesetz eine solche Funktion erfüllen kann, muss der nationale Gesetzgeber aber nicht nur die vorhandenen europarechtswidrigen Bestimmungen korrigieren. Er hätte insbesondere auch ausdrücklich Stellung beziehen müssen zu „unangenehmen“ Fragen, wie beispielsweise derjenigen nach der Auferlegung eines Kontrahierungszwangs: Dass die Funktionalität des Antidiskriminierungsrechts ganz entscheidend von der Regelung der Rechtsfolgen abhängt, kann an dieser Stelle nur noch einmal betont werden. Zudem hätte er von so unbestimmten Begriffen wie „Massengeschäfte“, eine „Vielzahl von Fällen“, „Vertrauensverhältnis“ besser nicht Gebrauch gemacht oder sie zumindest klarer umreißen müssen, damit Auslegungsschwierigkeiten vermieden und Rechtssicherheit geleistet werden können.

¹¹⁵⁷ Calafà, *Studium iuris* 2009, 122 (126).

¹¹⁵⁸ KOM (2008) 426 endg.

ZIVILRECHTLICHER SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG
IM SPIEGEL DER EUROPÄISCHEN ENTWICKLUNG: DEUTSCHLAND UND ITALIEN IM VERGLEICH

SINTESI IN LINGUA ITALIANA

L'ANTIDISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO CIVILE ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE EUROPEA: UNA COMPARAZIONE FRA GERMANIA E ITALIA

SOMMARIO: 1. Introduzione e cenni sull'incidenza della discriminazione nel traffico giuridico privato. – 2. L'evoluzione scandita dalle tappe del diritto comunitario. – 3. (*segue*) Uno sguardo alle prospettive europee. – 4. Come allinearsi al *trend* comunitario? Approcci e sensibilità differenti a livello nazionale. – 5. Prospettiva dell'indagine e sintesi dei contenuti: le coordinate fondamentali. – 6. (*segue*) Modelli dell'antidiscriminazione a livello internazionale e comunitario. – 7. (*segue*) Le basi costituzionali dell'antidiscriminazione. – 8. (*segue*) Il confronto tra le discipline nazionali: metodo espositivo dell'indagine. – 9. (*segue*) Il confronto tra le discipline nazionali: profili essenziali delle normative. – 10. Linee di emersione dei risultati in chiave valutativa: i significati e le «gerarchie» dell'uguaglianza nel diritto antidiscriminatorio. – 11. (*segue*) Tentativi di concretizzazione pratica dei principi. – 12. Linee di emersione dei risultati in chiave valutativa: luci ed ombre delle discipline nazionali. – 13. L'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*: un modello da seguire?

1. Introduzione e cenni sull'incidenza della discriminazione nel traffico giuridico privato

L'evolversi e l'irrobustirsi di forme di protezione di stampo civilistico contro le discriminazioni paiono proprio aver inaugurato, tanto nella dimensione del diritto comunitario quanto – e per lo più *di conseguenza* – sul piano degli

ordinamenti nazionali, una nuova «età dell'oro» della disciplina antidiscriminatoria ⁽¹¹⁵⁹⁾, quando non si possa dire, addirittura, che abbiano suonato la carica ad una vera e propria «rivoluzione» giuridica ⁽¹¹⁶⁰⁾.

Se è vero che per lungo tempo la discussione, a livello sia politico che tecnico-giuridico, è gravitata attorno al divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 del Tratt. CE) rimanendo perciò confinata nell'orbita di precetti antidiscriminatori ispirati alle politiche dell'integrazione e del mercato interno, con il Trattato di Amsterdam e la successiva emanazione di una serie di direttive della cc.dd. «nuova generazione» ⁽¹¹⁶¹⁾ il panorama è significativamente mutato. Al centro dell'attenzione si trovano ora i cosiddetti divieti di discriminazione «socio-politica», alle cui problematiche, ormai, anche i civilisti non possono più sottrarsi ⁽¹¹⁶²⁾: i precetti del diritto comunitario «secondario», infatti, espandono la protezione contro le discriminazioni al di là dei tradizionali confini del diritto del lavoro, per giungere fino al cuore del diritto civile «generale».

E' la realtà stessa a dimostrare quanto un'evoluzione del diritto antidiscriminatorio si sia rivelata ineludibile: non è solo il passato, con i suoi drammatici ricordi, ma anche la cruda attualità a fornire testimonianze e fenomenologie sempre nuove di disparità di trattamento fondate sulla diversità (pretesa o effettiva) tra individui e gruppi.

Spesso costruito sulla base di una negativa collocazione «antagonista» di un individuo o di un gruppo, o della loro emarginazione, ai quali attraverso

⁽¹¹⁵⁹⁾ BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: Innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di Barbera, Milano, 2007, p. XIX.

⁽¹¹⁶⁰⁾ DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 529.

⁽¹¹⁶¹⁾ La prima ad impiegare l'espressione è stata FREDMAN, *European Community Discrimination Law: A Critique*, in *Industrial Law Journal*, 2001, pp. 145 ss.

⁽¹¹⁶²⁾ E non sempre è stato così: cfr. al riguardo le considerazioni critiche di SCHIEK, *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden 2000, pp. 20 e 23, e di NICKEL, *Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik*, Baden-Baden, 1999, p. 22; cfr. anche BASEDOW, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 230, e MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, p. 18 s.

generalizzazioni si attribuiscono *a priori* determinate caratteristiche, accade che abbia luogo un procedimento di differenziazione tra «noi» e «loro», «gli altri», i «diversi»: tra maggioranza e minoranze. Preconcetti simili rappresentano il portato di un cortocircuito decisionale di natura «sociale», dove è la società a stabilire cosa sia «normale» e cosa no, quale sia la «norma» e quale l'«eccezione». Attraverso una serie di elementari dualismi logici (solo in apparenza «complementari», ma in realtà surrettiziamente strutturati in modo gerarchico: maschile/femminile, bianco/nero, etero-/omo-, gruppo dominante/minoranza etnica, giovane/anziano, e così via) l'essere umano prende le distanze dall'«altro da sé»: deliberatamente, oppure anche soltanto istintivamente.

La conseguenza di queste costruzioni ed esaltazioni «sociali» delle differenze è l'originarsi della discriminazione verso tutti coloro che non corrispondano alla «regola dominante».

In questo senso i pregiudizi contro un essere umano possono concretizzarsi in fenomenologie assai diverse. Nel peggiore dei casi degenerano nella violenza fisica e nell'abuso; possono manifestarsi però anche in forme e in modi più subdoli e sottili, come l'esposizione all'arbitrio e la ghettizzazione nei diversi ambiti della vita di tutti i giorni: nel quotidiano, nel mercato del lavoro e della casa di abitazione, nell'assistenza sanitaria o nella posizione assicurativa, nell'accesso all'istruzione, e così via.

Nelle odierne società «molteplici» ⁽¹¹⁶³⁾ edificate attorno alla coesistenza di interessi, modi e stili di vita assolutamente differenti, la discriminazione trova terreno fertile, anche e soprattutto, nel «traffico giuridico» privato.

Un esempio lampante lo si incontra proprio nella prospettiva del diritto contrattuale, quella parte del diritto privato che rende possibile gli «scambi» a livello economico. Nell'ultimo decennio la tendenza, anche sulla spinta dell'evoluzione del diritto privato comunitario, è andata via via nel senso di limitare la libertà *di determinare il contenuto* contrattuale, e la vicenda del consumatore ne è la testimonianza più evidente. Senz'altro in misura minore

⁽¹¹⁶³⁾ Per echeggiare l'icastica intitolazione del lavoro di NICKEL, *Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik*, cit.

interessata da limitazioni è stata, invece, la libertà *di concludere* il contratto. Quantomeno in linea di principio, dunque, resta riservato all'incondizionata discrezionalità del singolo di far dipendere la scelta del potenziale *partner* contrattuale dalla presenza o meno di determinate caratteristiche o qualità personali: da caratteristiche o qualità facilmente riconoscibili (ad esempio il sesso) o difficilmente riconoscibili (ad esempio le opinioni personali); da quelle teoricamente ritenute influenzabili (ad esempio la religione), ma anche da caratteristiche o qualità influenzabili solo con grande difficoltà se non già per nulla (ad esempio l'*handicap*) ⁽¹¹⁶⁴⁾.

Una delle sfide più stimolanti del nuovo diritto antidiscriminatorio ruota, appunto, attorno alla risposta da riservare a questo interrogativo fondamentale.

2. L'evoluzione scandita dalle tappe del diritto comunitario

A livello dei principi che disegnano lo scenario complessivo della materia, peraltro, il precetto fondamentale dell'*uguaglianza* – almeno dal 1980 uno dei «principi fondamentali del diritto comunitario», del quale i divieti di discriminazione rappresentano la «traduzione specifica» ⁽¹¹⁶⁵⁾ – ha acquisito un peso sempre maggiore, in modo particolare in virtù dell'elaborazione progressiva del diritto privato comunitario da parte degli organi e delle istituzioni dell'Unione Europea.

In tale contesto l'obiettivo di una tutela antidiscriminatoria più efficace è stato perseguito innanzitutto in connessione con il problema della parità *retributiva* tra i sessi: in ambito, dunque, prettamente giuslavoristico. E' già attorno alla metà degli anni settanta del secolo scorso che la Corte di giustizia ⁽¹¹⁶⁶⁾ proclama *direttamente* applicabile l'art. 119 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (precetto esistente, dunque, già a far data dal 1956, ed ora collocato all'art. 141 del Tratt. CE), dove si stabilisce il principio «uguale retribuzione per uguale lavoro», indipendentemente dal sesso del lavoratore o

⁽¹¹⁶⁴⁾ Cfr. SCHIEK, *Differenzierte Gerechtigkeit*, cit., p. 346.

⁽¹¹⁶⁵⁾ Così CORTE GIUST. CE, causa C-810/79, *Überschär*, in *Racc.*, 1980, p. 1237.

⁽¹¹⁶⁶⁾ Così CORTE GIUST. CE, causa C-43/75, *Defrenne II*, in *Racc.*, 1976, p. 455.

della lavoratrice. Solo di qualche tempo dopo è l’emanazione della direttiva sulla parità di trattamento ⁽¹¹⁶⁷⁾, a cui si deve l’estensione del divieto di differenziazione in base al sesso anche ad altri aspetti del rapporto lavorativo.

A partire dal 1997 il Consiglio – sulla base del nuovo art. 13, inserito quell’anno nella trama del Trattato CE con il Trattato di Amsterdam ⁽¹¹⁶⁸⁾ – è stato autorizzato ad adottare «provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l’età o le tendenze sessuali». Accanto ai «fattori» originari, sesso e nazionalità, trova così ingresso all’interno del Trattato CE un’ulteriore serie di «fattori» di discriminazione.

In conformità all’art. 2 del Trattato, che ha incluso nel catalogo delle competenze comunitarie quella della parità tra uomo e donna anche al di là della semplice retribuzione lavorativa, il principio della parità tra i sessi è stato esteso all’*integralità* delle questioni relative all’occupazione e all’impiego attraverso l’art. 141, comma 3° del Tratt. CE. Sempre a far data da allora il comma 4° dello stesso art. 141, e l’accento qui contenuto all’obiettivo di «assicurare l’effettiva e completa parità tra uomini e donne», offrono una base (più) solida all’adozione delle cc.dd. «misure positive».

E’ peraltro a partire dal 2000 che il legislatore comunitario, spinto da istanze di inserimento sociale ma sperando anche di favorire l’efficienza e la crescita economica, decide di emanare ai sensi dei nuovi artt. 13 e 141 del Tratt. CE una serie di direttive contenenti svariati divieti di discriminazione in riferimento a «fattori» differenti: direttive relative a differenti settori del diritto civile «generale» oltre che del diritto del lavoro.

Le prime sono state, rispettivamente, la direttiva 2000/43/CE «che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica» ⁽¹¹⁶⁹⁾ e la direttiva 2000/78/CE «che stabilisce un quadro

⁽¹¹⁶⁷⁾ Direttiva del Consiglio n. 75/207/CEE del 9 febbraio 1976, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

⁽¹¹⁶⁸⁾ Trattato di Amsterdam, «che modifica il Trattato sull’Unione Europea, i Trattati che istituiscono le comunità europee e alcuni atti connessi» (in *G.U.C.E.* n. C 340/01 del 1997).

⁽¹¹⁶⁹⁾ Pubblicata in *G.U.C.E.* n. L. 180/22 del 2000.

generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro» ⁽¹¹⁷⁰⁾, che garantisce contro discriminazioni basate su età, disabilità, orientamento sessuale, religione e opinioni personali. Come queste, sempre sull'art. 13 del Tratt. CE si basa la direttiva 2004/113/CE «che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura» ⁽¹¹⁷¹⁾. All'opposto la direttiva 2002/73/CE («che modifica la direttiva 76/207 CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro») ⁽¹¹⁷²⁾ conferisce attuazione all'art. 141 del Tratt. CE, che contiene il principio dotato di precedenza (anziché quello di cui all'art. 13) per quanto riguarda la discriminazione sessuale in ambito lavorativo ed occupazionale. Sulla stessa base ha avuto luogo, infine, l'emanazione anche della (finora) ultima direttiva antidiscriminatoria: la direttiva 2006/54/CE, «riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)» ⁽¹¹⁷³⁾.

3. (segue) Uno sguardo alle prospettive europee

Fatta eccezione per alcuni casi rilevanti, la maggior parte degli ordinamenti nazionali europei ha familiarizzato con divieti di discriminazione in ambito privatistico «puro», cioè *oltre* il limite tradizionale del diritto del lavoro, soltanto a partire dall'attuazione delle menzionate «nuove» direttive antidiscriminatorie ⁽¹¹⁷⁴⁾. In particolare, il fatto che prima dell'attuazione delle prescrizioni

⁽¹¹⁷⁰⁾ Pubblicata in *G.U.C.E.* n. L. 303/16 del 2000.

⁽¹¹⁷¹⁾ Pubblicata in *G.U.C.E.* n. L. 373/37 del 2004.

⁽¹¹⁷²⁾ Pubblicata in *G.U.C.E.* n. L. 269/15 del 2002.

⁽¹¹⁷³⁾ Pubblicata in *G.U.C.E.* n. L. 204/23 del 2006.

⁽¹¹⁷⁴⁾ Cfr. la ricognizione effettuata da SCHMIDT-KESSEL, *Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten*, in LEIBL-SCHLACHTER (a cura di), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, 2006, p. 53 ss.

comunitarie né la Germania né l'Italia (gli ordinamenti oggetto di confronto nella presente indagine) abbiano ricoperto il ruolo del battistrada in materia di antidiscriminazione, è qualcosa che non può essere messo seriamente in discussione.

Sono stati piuttosto la Gran Bretagna ed i Paesi Bassi, in primo luogo ⁽¹¹⁷⁵⁾, ad incarnare quella parte: ognuno di quegli ordinamenti ha provveduto già da anni ad emanare leggi che riprovano la disparità di trattamento in base a differenti fattori anche al di là dell'ambito giuslavoristico. Divieti di discriminazione di stampo civilistico si riscontrano, da una parte, all'interno del *Sex Discrimination Act* del 1975, del *Race Relations Act* del 1976 e del *Disability Discrimination Act* del 1995; dall'altra parte l'olandese *Algemeen Wet Gelijke Behandeling* del 1994 contiene, tra gli altri, anche un divieto di discriminazioni dirette ed indirette (basate complessivamente su otto diversi «fattori») in caso di offerta di beni e servizi al pubblico ⁽¹¹⁷⁶⁾.

Se è vero ciò, ed incontestabile l'incidenza delle ricordate direttive comunitarie in funzione dell'evoluzione normativa degli Stati membri, solo ad un'osservazione superficiale può stupire il fatto che i *Principles of European Contract Law (PECL)*, come integrati e sviluppati dal c.d. *Study Group* sulla base del lavoro già portato a compimento dalla «Commissione Lando» ed elaborati nella chiave della comparazione tra principi comuni sottostanti ai diversi diritti nazionali, non contengano disposizioni relative al settore dell'antidiscriminazione in diritto privato ⁽¹¹⁷⁷⁾.

⁽¹¹⁷⁵⁾ Non va d'altronde dimenticata l'esistenza di discipline analoghe nei sistemi nordeuropei (in Danimarca il *Gender Equality Act* del 2000; in Finlandia l'*Act on Equality between Women and Men* del 1986; in Norvegia il *Gender Equality Act* del 1978), incentrate esclusivamente sul «fattore» sessuale, ma il cui ambito applicativo non è limitato né ad alcun tipo contrattuale né ad alcun tipo di «offerta» contrattuale, pubblica o individuale; cfr. anche la panoramica sulle diverse legislazioni antidiscriminatorie degli Stati membri appaltata dalla Commissione europea nel 2000, tuttora consultabile all'indirizzo www.ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/legalprovisions_de.pdf.

⁽¹¹⁷⁶⁾ Sulla protezione antidiscriminatoria negli Stati membri dell'Unione Europea fino al 2000, v. SCHIEK, *Differenzierte Gerechtigkeit*, p. 93 ss.

⁽¹¹⁷⁷⁾ V.li nella traduzione italiana curata da CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001 e III, Milano 2005.

I *PECL* nella rielaborazione fattane dallo *Study Group* rappresentano peraltro soltanto una delle due fonti che dovrebbero confluire nel *Common Frame of Reference*, in corso di allestimento ad opera di un *network* di studiosi ⁽¹¹⁷⁸⁾ per dare esecuzione alle volontà della Commissione europea ⁽¹¹⁷⁹⁾: accanto al lavoro dello *Study Group* si affianca l'altra «sorgente» rappresentata dai cc.dd. *Acquis Principles* (*ACQP*) ⁽¹¹⁸⁰⁾, elaborati sulla base del diritto comunitario vigente. Come noto, attualmente il risultato del lavoro congiunto di *Study Group* e *Acquis Group* presenta le sembianze del c.d. *Draft Common Frame of Reference* (*DCFR*) ⁽¹¹⁸¹⁾ – comparso in una versione interinale già dall'inizio del 2008 ed ora rieditato con qualche modifica – che dovrebbe valere come una sorta di «preludio» accademico al vero e proprio *Common Frame of Reference* di provenienza «politica» a tutti gli effetti.

L'esame dettagliato dei contenuti delle scelte operate nel quadro del *DCFR*, tuttavia, non rappresenta oggetto di interesse diretto nell'ambito della presente indagine. Poiché però il *DCFR* rappresenta nelle intenzioni una sorta di coniugazione tra lo stato dell'arte a livello comunitario e le tendenze esistenti a livello dei diritti nazionali, un'analisi fondamentalmente incentrata sui presupposti di diritto comunitario dell'antidiscriminazione e sulla valutazione delle disposizioni attuative adottate all'interno di due Stati membri può fornire

⁽¹¹⁷⁸⁾ Circa composizione e programmi del *network*, v. VON BAR-SCHULTE-NÖLKE, *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2005, p. 165 ss.

⁽¹¹⁷⁹⁾ Secondo quanto programmato all'interno del «Piano d'azione per una maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo», COM (2003) 68 def., ed integrato in COM (2004) 651 def.

⁽¹¹⁸⁰⁾ *ACQUIS GROUP* (a cura di), *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, München, 2007; in tema v. SCHULZE, *Die "Acquis-Grundregeln" und der Gemeinsame Referenzrahmen*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, p. 731 ss.

⁽¹¹⁸¹⁾ Che si può trovare pubblicato in VON BAR-CLIVE-SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, München, 2008; in tema v. da ultimo SOMMA (a cura di), *The politics of the DCFR* (in corso di pubblicazione); ID., *Verso il diritto privato europeo? Il quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1097 ss.; MELI, *Armonizzazione del diritto europeo e quadro comune di riferimento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 65 ss.; SCHULZE-WILHELMSSON, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 154 ss.; BASEDOW, *op. cit.*, p. 673 ss.; WAGNER, *Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2007, p. 180 ss.

risposte utili per rispondere alla domanda se dal punto di vista contenutistico il *DCFR* tenga adeguatamente conto o meno, in materia, delle esperienze nazionali.

La questione d'altro canto appare sempre più attuale, se si considerano i probabili sviluppi futuri a livello della legislazione comunitaria: è datata 2 luglio 2008, ad esempio, una proposta di direttiva del Consiglio recante «applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» ⁽¹¹⁸²⁾, il cui obiettivo principale è quello di combattere le discriminazioni basate sui menzionati «fattori» *al di fuori* dell'ambito lavorativo ed occupazionale.

Ebbene, nella prospettiva delle evoluzioni più recenti che stanno avendo luogo a livello comunitario, sembra di poter dire con certezza che il principio di non-discriminazione sarà destinato a svolgere un ruolo tutt'altro che secondario nel quadro complessivo delineato, oggi, nel *DCFR*, e di qui in avanti nelle sue ulteriori declinazioni a venire.

Di fatto, a fornire la giustificazione del censimento del principio di non-discriminazione all'interno degli *Acquis Principles*, e quindi del suo successivo inserimento all'interno del *DCFR*, sono state innanzitutto le note direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE ⁽¹¹⁸³⁾, trattandosi – in queste come nei primi – di protezione contro le discriminazioni fondate su razza, origine etnica o sesso in riferimento, tra l'altro, all'«accesso a beni e servizi offerti al pubblico e la loro fornitura». E' questo, infatti, il motivo per cui il divieto di discriminazione incluso negli *ACQP* [da intendersi, per inciso, come una «concretizzazione del principio di buona fede» ⁽¹¹⁸⁴⁾] risulta limitato alla sola protezione relativa ai fattori razza, origine etnica o sesso, come accade nelle direttive.

⁽¹¹⁸²⁾ Cfr. la Proposta di direttiva del Consiglio «recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», del 2 luglio 2008, COM (2008) 426 def., dove peraltro – in relazione all'onnicomprendente ambito di applicazione, esteso anche all'«accesso a beni e servizi offerti al pubblico, e la loro fornitura» – si specifica espressamente che ricadono nell'ambito applicativo soltanto «attività professionali o commerciali».

⁽¹¹⁸³⁾ Così espressamente in *ACQUIS GROUP* (a cura di), *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, cit., p. 106.

⁽¹¹⁸⁴⁾ Cfr. *ACQUIS GROUP* (a cura di), *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, cit., p. 109.

Al riguardo, peraltro, ci si spinge anche *al di là* di quanto previsto dalla disciplina comunitaria, se è vero innanzitutto che il menzionato divieto risulta collocato quale principio fondamentale «del diritto contrattuale» (art. 3:101), e non può quindi ritenersi circoscritto, ad esempio, ai soli contratti relativi all'«accesso a beni e servizi offerti al pubblico e la loro fornitura » [limitazione che tuttavia riemerge esplicitamente in riferimento alla questione delle conseguenze e dei rimedi (art. 3:201)].

Il principio appena ricordato può essere contravvenuto soltanto ove la disparità di trattamento risulti giustificata da una «finalità legittima» perseguita attraverso «mezzi adeguati e indispensabili» (art. 3:103). Sul punto gli *ACQP* non distinguono a livello di disciplina, dunque, tra discriminazioni *dirette* e *indirette*, e marcano una distanza significativa dalla soluzione prescelta invece in senso alla direttiva 2000/43/CE, che qualifica come *assoluto* soltanto il divieto di discriminazioni dirette, prevedendo di contro la possibilità di giustificazione per le sole discriminazioni indirette.

Sulla base delle disposizioni antidiscriminatorie degli *ACQP* è costruita, in misura senz'altro determinante, anche la relativa sezione del *DCFR*: le regole del secondo capitolo del libro secondo, intitolato ai *contracts and other juridical acts*, circoscrivono la protezione contro le discriminazioni ai fattori razza, origine etnica e sesso, esattamente come fanno gli *ACQP* ⁽¹¹⁸⁵⁾. Da questi ultimi d'altronde il *DCFR* si differenzia, viceversa, sotto il profilo dell'ambito applicativo e nella determinazione dell'apparato remediale.

Contrariamente al caso degli *ACQP*, l'art. II-2:101 del *Draft* individua infatti il proprio spettro di applicazione nel settore dei contratti relativi all'«accesso a beni e servizi offerti al pubblico e la loro fornitura», in conformità a quanto stabilito dalla direttiva di riferimento. Per altro verso, mentre in ambito remediale gli *ACQP* si preoccupano anzitutto di garantire il risarcimento del danno ⁽¹¹⁸⁶⁾,

⁽¹¹⁸⁵⁾ Sulla disciplina antidiscriminatoria degli *ACQP*, v. in particolare ZOLL, *Das Antidiskriminierungsrecht in der Acquis-Gruppe und die fehlende Umsetzung von Antidiskriminierungsrichtlinien in das polnische Zivilrecht*, in SCHULZE, *New Features in Contract Law*, München, 2007, p. 85 ss.

⁽¹¹⁸⁶⁾ Cfr. l'art. 3:201, comma 1°; nel comma 2°, peraltro, è prevista la possibilità per il soggetto discriminato di esperire eventualmente ulteriori rimedi, ove ciò risulti appropriato.

l'art. II-2:104 rinvia integralmente al sistema dei rimedi previsto nel terzo capitolo in materia di conseguenze dell'inadempimento contrattuale e di patologia della prestazione. Una soluzione che, all'interno del *DCFR*, appare discendere consequenzialmente da un'opzione effettuata a monte: quella di riconoscere e assicurare il *diritto* a non essere discriminati – cui corrisponde un correlativo dovere di non-discriminazione in capo al controinteressato – rifiutando all'opposto di stabilire puramente e semplicemente, come nel caso degli *ACQP*, un mero *divieto* di discriminazione.

Ponendo a confronto le soluzioni adottate nel contesto degli *ACQP* e del *DCFR* con i divieti antidiscriminatori contenuti all'interno della Carta dei diritti fondamentali, in conclusione, salta all'occhio il «catalogo» di fattori notevolmente più esteso (oltre che non tassativo, e dunque aperto ad eventuali integrazioni) previsto in quest'ultima. Oltre a sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, *handicap*, età e tendenze sessuali, già menzionate all'art. 13 del Tratt. CE, la Carta include in aggiunta anche il colore della pelle, l'origine sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio e la nascita, dimostrando di voler conferire rilievo potenziale, in tal modo, anche forme di discriminazione di tipo «economico».

4. Come allinearsi al *trend* comunitario? Approcci e sensibilità differenti a livello nazionale

In Italia ed in Germania lo spazio temporale coevo e successivo all'emanazione delle menzionate direttive antidiscriminatorie è stato caratterizzato dall'esistenza di un dibattito, incentrato sulle modalità attuative da riservare alle prescrizioni comunitarie, di intensità e dimensioni assolutamente opposte. Mentre in Italia la discussione a livello politico e scientifico non ha quasi nemmeno attecchito, e dal canto suo il legislatore nazionale (come spesso accade in generale) ha di fatto ripiegato su una più o meno «meccanica» riproduzione

delle prescrizioni comunitarie all'interno di altrettanti decreti legislativi di recepimento (¹¹⁸⁷), in Germania l'accidentato *iter* che ha portato all'adozione nel 2006 della c.d. «legge generale sulla parità di trattamento» (*Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*) (¹¹⁸⁸) è stato accompagnato da una vivace vicenda di scontri, polemiche, critiche tanto a livello politico quanto a livello di opinione pubblica, oltre che nella dimensione strettamente tecnico-giuridica.

A censure anche aspre si è vista esposta, in particolare, la scelta del legislatore tedesco di adottare uno strumento legislativo unitario, dove la protezione antidiscriminatoria risulta in sostanza estesa rispetto agli *standard* europei, fino a contemplare «discriminazioni» di rilevanza privatistica anche in riferimento a religione, *handicap*, età ed «identità» sessuale (oltre che in riferimento a razza, origine etnica e sesso, come stabilisce il diritto comunitario).

Almeno in parte, per quale motivo l'emanazione della legge in parola abbia a tal punto scaldato gli animi – dando luogo talvolta a critiche connotate da toni esclusivamente polemici, piuttosto che da intenti «costruttivi» – può sembrare a prima vista difficile da comprendere. Il motivo diventa però senz'altro più chiaro non appena si considerano la centralità e la decisività delle questioni che l'emanazione della legge ha risvegliato e che nell'occasione sono state rispolverate, segnando e connotando il dibattito tedesco. Interrogativi a dir poco «ancestrali», come il rapporto tra diritto e morale, tra libertà e uguaglianza, tra Stato e società.

Alcuni dei detrattori di una legge antidiscriminatoria dalle potenzialità così ampie hanno paventato l'introduzione di principi «etici» o «moralì» all'intero

(¹¹⁸⁷) Si tratta in particolare dei d. legis. nn. 216 e 216 del 2003 (in *G.U.* n. 186/2003 ed in *G.U.* n. 187/2003), relativi all'attuazione – rispettivamente – della direttiva 2000/43/CE e della direttiva 2000/78/CE; del d. legis. n. 145 del 2006 (in *G.U.* n. 173/2005) relativo all'attuazione della direttiva 2002/73/CE; infine, del d. legis. n. 196/2007 (in *G.U.* n. 261/2007) relativo all'attuazione della direttiva 2004/113/CE.

(¹¹⁸⁸) L'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* occupa l'art. 1 del *Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung*, del 14 agosto 2006; il relativo articolato è stato modificato, da ultimo, dall'art. 15, comma 66°, della legge del 5 febbraio 2009 (in *Bundesgesetzblatt*, 2009, I, 160).

dell'ordinamento privatistico ⁽¹¹⁸⁹⁾; altri, addirittura, di quest'ultimo hanno creduto di sentire i «rintocchi funerari» ⁽¹¹⁹⁰⁾. Idee come queste – è evidente – appaiono costruite sul convincimento che prescrizioni normative come quelle considerate, che danno corpo ad un apparato di legge *privatistico* contro le discriminazioni, abbiano natura «etica» o «morale», e che l'*assenza* delle stesse prescrizioni rappresenti, all'opposto, la pura e semplice concretizzazione di un diritto privato del tutto e perfettamente «*neutrale*».

L'esame dettagliato dei diversi snodi tematici e disciplinari passati in rassegna nel corso della presente indagine, dunque, offre lo spunto per tentare di prendere posizione in merito a quegli interrogativi di fondo, così rilevanti e decisivi, che senza dubbio animano dalle fondamenta il tema della discriminazione nel diritto privato.

In stretta correlazione con essi ci s'imbatte poi anche in altre questioni altrettanto basilari: quale modello di «cittadinanza» ispira e sta alla base del diritto antidiscriminatorio? ⁽¹¹⁹¹⁾ Quale idea di uguaglianza si intravede tra le maglie di quest'ultimo? Verso quali obiettivi si dirige e fino a che punto incarna e soddisfa le funzioni di un diritto in grado di influenzare i comportamenti socio-economici dei singoli? Dove vanno ricercati i relativi fondamenti normativi e su quali basi concettuali si sorregge?

D'altro canto, prendere posizione in merito ad interrogativi di tale portata fornisce allo stesso tempo una chiave decisiva in funzione dell'operazione di raffronto tra prescrizioni civilistiche tedesche e italiane in materia di antidiscriminazione: operazione che occupa la parte centrale della presente ricerca.

⁽¹¹⁸⁹⁾ Cfr. ad esempio ADOMEIT, *Political correctness – Jetzt Rechtspflicht!*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 2170; PICKER, *Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?*, in *Juristenzeitung*, 2003, p. 541.

⁽¹¹⁹⁰⁾ Come REPGEN, *Antidiskriminierung – Die Totenglocke läutet*, in ISENSEE (a cura di), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, Berlin, 2007, p. 11 ss.

⁽¹¹⁹¹⁾ Su questo interrogativo in particolare si concentrano le attenzioni e le riflessioni di SOMMA, da ultimo in *Pol. dir.*, 2008, p. 507 ss.; ID., in ALPA, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo* (in corso di pubblicazione).

5. Prospettiva dell'indagine e sintesi dei contenuti: le coordinate fondamentali

Con questi antefatti speculativi alla base, il primo capitolo è dedicato all'indagine delle funzioni, delle aspirazioni e degli obiettivi del diritto antidiscriminatorio e delle concezioni di uguaglianza su cui si fonda.

In dipendenza degli scopi che si propone di perseguire, il diritto antidiscriminatorio può volgersi ed orientarsi a concezioni di uguaglianza assai differenti: all'uguaglianza nel senso di «giustizia individuale», in contrapposizione a quella nel senso di «giustizia di gruppo», che in quanto tale include anche la parità di *chance* e nei «risultati»; un'ottica più moderna, peraltro, sposta da ultimo lo sguardo e l'attenzione sull'uguaglianza intesa come *positive duty* o *positive Pflicht*, allontanandosi perciò dalla pura e semplice introduzione di divieti «negativi».

Di qui l'indagine e la riflessione si concentrano su necessità ed utilità del diritto antidiscriminatorio. Benché proprio la realtà del traffico giuridico stia a dimostrare che la discriminazione non solo non si arresta di fronte alla concorrenzialità del mercato, ma spesso sono proprio gli automatismi di quest'ultimo a offrire pretesti e condizioni del suo verificarsi, la necessità della protezione antidiscriminatoria in diritto privato è stata talvolta messa in discussione con l'argomento del «mercato come alternativa» (*der Markt als Alternative*). Da altre parti si è andati affermando addirittura che le società odierne sarebbero *tout court* «pressoché aliene da forme di discriminazione», con il che si finisce per negare del tutto legittimazione e giustificazione a previsioni protettive del genere in discussione ⁽¹¹⁹²⁾, nella moderna «società di diritto privato» (o *Privatrechtsgesellschaft*).

Il primo capitolo si chiude appunto prendendo posizione anche rispetto a simili questioni.

⁽¹¹⁹²⁾ Così SÄCKER, *Fundamente der Privatrechtsgesellschaft nach dem Antidiskriminierungsgesetz*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, p. 154.

6. (segue) Modelli dell'antidiscriminazione a livello internazionale e comunitario

Per ricondurre il diritto antidiscriminatorio alle sue scaturigini e alle sue istanze fondamentali, oltre che per meglio collocare le prescrizioni del diritto nazionale all'interno di un contesto di più ampio respiro, il secondo capitolo focalizza l'attenzione sui fondamenti normativi di diritto internazionale e di diritto comunitario dell'antidiscriminazione.

L'evoluzione delle istanze protettive antidiscriminatorie a livello internazionale – dove assai presto si è riconosciuta la necessità di garantire un'efficace tutela dei diritti umani anche nei rapporti tra privati – delinea una chiara tendenza espansiva ed all'ampliamento «tematico» del contrasto alla discriminazione. In questo senso la protezione antidiscriminatoria rappresenta l'oggetto di numerose convenzioni e di numerosi trattati internazionali ⁽¹⁹³⁾, ai quali, tra l'altro, anche le direttive antidiscriminatorie fanno riferimento nei relativi «considerando».

A livello comunitario, i fondamenti principali e diretti delle menzionate direttive si trovano nelle già ricordate disposizioni del diritto primario, ovvero gli artt. 13 e 141 del Tratt. CE. Se la *ratio* della prima è rivolta in senso puramente «difensivo» (l'art. 13 autorizza l'adozione di «provvedimenti opportuni per combattere» la discriminazione sulla base dei fattori ivi specificati), il comma 3° dell'art. 141 contiene un'attribuzione di compiti di intervento e di conformazione *positivi* (autorizzando l'adozione di «misure che assicurino il principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne»).

Ciò testimonia, per inciso, l'esistenza di una gerarchia all'interno del diritto primario – sesso in posizione sovraordinata rispetto a razza, origine etnica, tendenze sessuali, *handicap*, religione, età e convinzioni personali – che, come si mostrerà, è ancora in parte riscontrabile all'interno della Carta dei diritti fondamentali, ma non è senz'altro riprodotta al livello del diritto secondario.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. nel capitolo 2, A.

La stessa tendenza alla gerarchizzazione, tra l'altro, è stata oggetto di critiche in non poche occasioni nel corso delle operazioni di recepimento «domestico» dei principi europei.

7. (segue) Le basi costituzionali dell'antidiscriminazione

L'esame delle basi costituzionali della disciplina antidiscriminatoria, tra le altre cose, serve a dar conto dell'esistenza in questo settore di un sistema «multilivello», derivante dalla presenza di elementi provenienti (oltre che dal diritto internazionale e da quello comunitario) anche dal diritto costituzionale nazionale accanto a quello di fonte legislativa «ordinaria». Nella successione logica degli argomenti, dunque, è il terzo capitolo quello incentrato sull'analisi delle disposizioni antidiscriminatorie contenute nel *Grundgesetz* tedesco e nella Costituzione italiana.

Tra *Grundgesetz* e Costituzione è possibile scorgere differenze già in riferimento ai *divieti* stessi di discriminazione: divieti che nella carta costituzionale italiana, a differenza del caso tedesco, si aprono a nuove inclusioni e ad ampliamenti potenziali in virtù di una «formula aperta» riconoscibile nella relativa disposizione (quella del comma 1° dell'art. 3 Cost.). Oltre a ciò, a differenza del *Grundgesetz* la Costituzione italiana annovera esplicitamente l'imposizione a carico dello Stato di un obbligo alla «rimozione» di tutti gli «ostacoli di ordine economico e sociale che [limitino] di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini», dimostrando così di voler concretizzare in senso «sostanziale» l'obiettivo programmatico ed astratto delle pari opportunità.

In particolare *prima* dell'attuazione delle direttive comunitarie in materia, i principi costituzionali del diritto antidiscriminatorio hanno ricoperto un ruolo di primo piano, discutendosi in dottrina di una loro possibile efficacia anche in riferimento ai rapporti privatistici proprio nella misura in cui, ai tempi, mancavano del tutto (o erano carenti) specifiche prescrizioni normative volte alla tutela contro le discriminazioni nel traffico giuridico privato. E sul punto alla questione qui implicata – circa il *quomodo* di una *Drittwirkung* dei principi fondamentali – si riconnette pure quella relativa all'applicabilità delle clausole generali del diritto civile, in qualità di «valvole di accesso» dei valori

costituzionali all'interno del sistema privatistico, in vista dell'allestimento di forme di tutela contro le discriminazioni ⁽¹¹⁹⁴⁾.

E' partendo da qui che l'indagine si volge quindi ad analizzare le prescrizioni normative già esistenti (*se e dove* esistenti) all'interno del sistema, e soprattutto le ricostruzioni e le proposte solutorie elaborate, nel quadro dei rispettivi ordinamenti nazionali, nella prospettiva della creazione di un apparato protettivo contro le discriminazioni in diritto privato.

8. (*segue*) Il confronto tra le discipline nazionali: metodo espositivo dell'indagine

Nei capitoli conclusivi, il quarto ed il quinto, l'attenzione si concentra infine sulle disposizioni di attuazione della normativa comunitaria, introdotte nei rispettivi ordinamenti nazionali.

In questo contesto l'indagine è limitata al recepimento delle prescrizioni comunitarie relative al settore del diritto civile «generale», nell'ambito del quale le regole volte alla protezione antidiscriminatoria sembrano accettate con resistenze e difficoltà molto maggiori di quanto non sia avvenuto e non continui ad avvenire nel settore giuslavoristico: qui la tutela trova giustificazione soprattutto in considerazione della posizione di debolezza del lavoratore rispetto a quella del datore di lavoro, oltre che nella chiave dell'incremento dell'efficienza. Vengono poste sotto la lente dell'analisi, in particolare, le disposizioni attuative delle direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE, relative (rispettivamente *anche e solo*) alla protezione in ambito civilistico «generale» contro discriminazioni attinenti alla razza o all'origine etnica e al sesso.

Al riguardo il metodo espositivo della comparazione prescelto nella presente ricostruzione, anziché scomporre i temi per ciascuno degli ordinamenti considerati, è impostato in maniera «integrata» e ordinata in funzione del criterio di sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio già noto a livello specialistico

⁽¹¹⁹⁴⁾ Cfr. nel capitolo 3, A, IV.

(¹¹⁹⁵), imperniato fondamentalmente sull'individuazione dell'ambito applicativo, dei «fattori» di discriminazione vietati, dell'ammissibilità di trattamenti differenziati e, infine, sulle tecniche sanzionatorie e le modalità di tutela dei diritti.

Seguendo questa traccia il quarto capitolo è dedicato all'ambito applicativo del divieto di discriminazione, alle diverse fenomenologie potenziali di discriminazione e ai limiti di praticabilità di una disparità di trattamento. Poiché peraltro le definizioni e i precetti comunitari, non proprio sporadicamente, sono state riprodotti in altrettante disposizioni attuative (in modo particolare in Italia, ma talvolta pure in Germania), è da essi che si prendono le mosse per condurre l'indagine.

8. (segue) Il confronto tra le discipline nazionali: profili essenziali delle normative

A questo riguardo, nello specifico, in diritto italiano i problemi maggiori sono presentati dall'armonizzazione e dal coordinamento con le prescrizioni già esistenti all'interno del sistema: ove non già del tutto assenti, tali operazioni risultano senz'altro carenti nell'intervento del legislatore dell'attuazione.

Così il d. legis. n. 215 del 2003, recante l'attuazione della direttiva 2000/43/CE, quanto ad ambito applicativo si sovrappone parzialmente ad un apparato di disposizioni raccolte nel 1998 – il c.d. «Testo unico dell'immigrazione» (¹¹⁹⁶) – contenente regole antidiscriminatorie attinenti ai fattori razza, origine etnica, nazionalità e religione, e contenente già pure, soprattutto, definizioni normative del concetto di discriminazione che, per esplicita volontà della legge posteriore, dovrebbero conservare piena validità.

Analoghe difficoltà si possono riscontrare in riferimento alle disposizioni attuative della direttiva 2004/113/CE, che per effetto del d. legis. n. 196 del 2007

(¹¹⁹⁵) Cfr. LEHMANN, *Diskriminierungsschutz und Privatrecht – Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich*, in SCHULZE, *New Features in Contract Law*, cit., p. 69.

(¹¹⁹⁶) Cfr. d. legis. 25 luglio 1998, n. 286, in *G. U.* dell'8 agosto 1998, n. 191, suppl. ord. n. 139).

(¹¹⁹⁷) hanno trovato collocazione all'interno del terzo libro del c.d. «codice delle pari opportunità» (¹¹⁹⁸), dedicato all'obiettivo delle «pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici».

Nel capitolo conclusivo sono trattati infine gli argomenti delle sanzioni e in generale dei meccanismi di «tutela dei diritti», la cui rilevanza è a tacer d'altro decisiva nella chiave dell'*effettività* del diritto antidiscriminatorio. Non di rado ci si è lamentati, a tutt'oggi, dei noti e risaputi *deficit* di cui soffre il settore dell'antidiscriminazione quanto a potenzialità attuative e concretizzazione dei principi, delle pretese e dei diritti affermati ed attribuiti in astratto dalle rispettive discipline (¹¹⁹⁹). Carenze che hanno fatto nascere più di qualche dubbio circa la reale capacità regolativa e di *governance* del diritto antidiscriminatorio e, in definitiva, circa la sua effettiva utilità, almeno così com'è (¹²⁰⁰).

D'altronde, tanto la direttiva 2000/43/CE quanto la direttiva 2004/113/CE lasciano prevalentemente agli Stati membri la decisione discrezionale in merito alle conseguenze delle violazioni dei divieti antidiscriminatori, esigendo soltanto che le sanzioni introdotte siano «effettive, proporzionate e dissuasive».

Nel corso del procedimento di attuazione delle prescrizioni comunitarie due sono stati gli interrogativi che, in modo analogo sia in Italia che in Germania, hanno impegnato gli studiosi. Ci si è chiesti innanzitutto se la pretesa alla «rimozione degli effetti della discriminazione», attribuita alla vittima del comportamento discriminatorio dalle disposizioni attuative in entrambi gli ordinamenti, includa o possa portare ad una pretesa (e dunque implichi specularmente un *obbligo*) alla *stipulazione* di un contratto; stipulazione rifiutata, appunto, per ragioni identificate come discriminatorie.

In secondo luogo è stata posta la questione se i danni patrimoniali e non patrimoniali vadano risarciti *a prescindere* dalla colpevolezza del soggetto che ha posto in essere il comportamento discriminatorio, ovvero se all'opposto una

(¹¹⁹⁷) Cfr. d. legis. 6 novembre 2007, n. 196, in *G. U.* n. 261 del 9 novembre 2007, suppl. ord. n. 228.

(¹¹⁹⁸) Cfr. d. legis. 11 aprile 2006, n. 198, in *G. U.* n. 125 del 31 maggio 2006, suppl. ord. n. 133.

(¹¹⁹⁹) Cfr. SCHIEK, *Einleitung*, in SCHIEK, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, nt. a margine 55; cfr. anche GAROFALO-RECCHIA, *Le sanzioni e la loro efficacia*, in FABENI-TONOLLO, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005, p. 315.

(¹²⁰⁰) Cfr. nel capitolo introduttivo, B.

previsione simile (proprio perché accorda una pretesa svincolata dal requisito della colpevolezza) non debba piuttosto riconoscersi incompatibile con i principi fondamentali del sistema. I diversi atteggiamenti adottati in riferimento a ciascuno degli interrogativi sono analizzati nel contesto dell'esame delle rispettive soluzioni normative nazionali ⁽¹²⁰¹⁾.

L'indagine si conclude dedicando uno sguardo alle regole in tema di ripartizione dell'onere della prova ed a quelle che attribuiscono prerogative e competenze di intervento alle «associazioni antidiscriminatorie». Sotto il primo profilo le prescrizioni comunitarie stabiliscono che debba gravare sul convenuto la prova dell'assenza di una violazione del principio della parità di trattamento, qualora la persona lesa sia stata in grado di allegare «fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione» ⁽¹²⁰²⁾.

Per quanto riguarda invece le prerogative attribuite alle associazioni, per rispettare gli *standard* comunitari gli Stati membri avrebbero dovuto essere in grado di assicurare che determinate organizzazioni possano «avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti» dalle direttive. Sul punto i requisiti europei accordano ai legislatori nazionali un margine di discrezionalità abbastanza ampio, impiegato in modo differente nei due contesti esaminati ⁽¹²⁰³⁾.

10. Linee di emersione dei risultati in chiave valutativa: i significati e le «gerarchie» dell'uguaglianza nel diritto antidiscriminatorio

L'analisi è tesa nel complesso a mettere in luce, nel modo più evidente possibile, quanto le istanze verso lo sviluppo del diritto dell'antidiscriminazione si siano irrobustite anche al di là del settore giuslavoristico.

⁽¹²⁰¹⁾ Cfr. nel capitolo 5, A. II. 2, B. III. 1.3.

⁽¹²⁰²⁾ Cfr. nel capitolo 5, B. I.

⁽¹²⁰³⁾ Cfr. nel capitolo 5, B, II, 2 e III, 1.2.

D'altro canto, chi vede nel *mercato* una valida alternativa al diritto antidiscriminatorio, confidando nella sua intrinseca «giustizia» e nell'attenzione alle esigenze e alle necessità dei singoli, che sarebbe fisiologicamente connessa ai suoi meccanismi regolativi, travisa o mostra di trascurare buona parte della realtà sociale. L'indagine ha mostrato inoltre che la tutela antidiscriminatoria è del tutto compatibile con il modello della «società di diritto privato», contrariamente a quanto obiettato dai numerosi detrattori che hanno manifestato il loro dissenso nei confronti di una pretesa deriva «eticista» e moralizzante del diritto (asseritamente connessa all'introduzione di discipline antidiscriminatorie in questo settore) e hanno paventato di conseguenza una limitazione insostenibile della libertà contrattuale. Quest'ultima – si ha avuto modo di argomentare nel corso dello studio – non costituisce una libertà «pre-esistente» al diritto, che da esso debba essere soltanto «riconosciuta», plasmandolo: la sua estensione, anzi, è proprio il diritto a stabilirla.

Per altro verso si è detto pure che sarebbe un abbaglio pensare che il diritto dei contratti riesca a rapportarsi in un modo «neutrale» alla questione della tutela antidiscriminatoria: al contrario, esso ha *sempre* valenze e contenuti per così dire «etici», oltre a contemplare effetti che hanno ripercussioni «distributive» rispetto all'intera compagine sociale ⁽¹²⁰⁴⁾.

In quanto intimamente connesso al concetto di uguaglianza, il diritto antidiscriminatorio nella sua struttura intrinseca dipende, appunto, dall'*idea* di uguaglianza da cui s'intenda prendere le mosse: come «simmetria», parità di opportunità o parità nei risultati. Nel corso dell'indagine, sotto diversi aspetti, diventa evidente in quale misura i divieti discriminatori riscontrabili a ciascun livello disciplinare (internazionale, comunitario, nazionale) riguardino almeno in parte *fattori* affatto differenti e siano da riferire a differenti *modelli* di uguaglianza.

Lo scarso interesse inizialmente dedicato alla protezione antidiscriminatoria è stato per lungo tempo dovuto ad una sostanziale sottovalutazione del piano internazionalistico. Non sempre, ad esempio, si è tenuto adeguatamente conto del fatto che gli obblighi gravanti sui legislatori italiano e tedesco in virtù delle

⁽¹²⁰⁴⁾ Cfr. nel capitolo 1, C.

direttive comunitarie antidiscriminatorie, in realtà, risultavano in buona parte già «coperte» dagli obblighi derivanti dai trattati internazionali precedentemente stipulati in materia. E' invece da lungo tempo che il diritto internazionale pone in risalto la posizione centrale che occupano i divieti di discriminazione, fondati tra l'altro su «fattori» differenti, e la necessità di combattere le discriminazioni anche nell'ambito delle relazioni tra privati.

In particolare i Trattati ONU, con i loro divieti di discriminazione «asimmetrici» e l'espresso vincolo a rendere effettiva la parità di trattamento nella realtà giuridica, possono essere presi a modello di un concetto «*sostanziale*» di uguaglianza.

Sul piano comunitario, la ricognizione e l'esposizione delle basi normative dell'antidiscriminazione palesano un quadro variegato ed eterogeneo, che esibisce – sia prima che dopo l'introduzione del Trattato di Amsterdam – un sistema per così dire «gerarchico», peraltro di tipo diverso nel diritto primario e in quello secondario.

In quest'ultimo, a far data dall'emanazione delle direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione» occupano il gradino più alto i fattori razza e origine etnica, seguiti dal fattore sessuale; scendendo più verso il basso, s'incontrano di seguito religione, convinzioni personali, *handicap*, età e preferenze sessuali – fattori che finora ricevono protezione soltanto in riferimento al settore dell'occupazione e del lavoro.

In cima alla gerarchia del diritto primario si trova ancora, inarrivata, la protezione del fattore sessuale: l'art. 141 del Tratt. CE dà corpo ad una specifica competenza «conformativa» o «positiva», autorizzando provvedimenti in tema di pari opportunità e parità di trattamento, mentre l'art. 13 allude tendenzialmente a finalità «difensive».

La Carta dei diritti fondamentali, dal canto suo, evita espressamente di elencare una lista «conclusa» di fattori e conferisce potenziale rilevanza anche a fattori di estrazione economica; anche qui, nondimeno, resta qualcosa della gerarchizzazione già incontrata sopra: soltanto in riferimento al genere sessuale, infatti, si riscontra un precetto positivo di equiparazione.

Se sia possibile ricondurre le direttive antidiscriminatorie ad un concetto *formale* ovvero ad un concetto «*sostanziale*» di uguaglianza, d'altronde, non è del tutto pacifico; sembra tuttavia che la migliore collocazione (almeno a livello

tendenziale) per la disciplina comunitaria relativa alla parità di trattamento possa essere identificata entro le coordinate del principio di «giustizia individuale». A questa conclusione conduce già l'equiparazione stessa, effettuata in seno alle direttive, tra il principio della *parità di trattamento* e la (pura e semplice) *inesistenza di discriminazioni*: in tal modo la parità di trattamento diventa nulla meno e nulla più che un'assenza di discriminazione, ciò che assai difficilmente può portare ad includervi una *ratio* volta in direzione della parità di opportunità o, senz'altro, di parità nei risultati.

Qualcosa di diverso esibiscono, ancora, le basi costituzionali a livello nazionale.

I divieti discriminatori di cui al *Grundgesetz*, che descrivono e concretizzano il principio generale di uguaglianza, possono essere suddivisi a loro volta in tre diversi «complessi» disciplinari. Quello che riceve protezione in maniera più incisiva è il settore di tutela attinente al fattore sesso: sul punto, infatti, il *Grundgesetz* contiene un esplicito precetto «promozionale» riconducibile al concetto di pari opportunità in senso *sostanziale*.

Accanto al fattore sessuale la carta costituzionale tedesca conferisce protezione, inoltre, anche contro discriminazioni fondate sulla provenienza, la razza, la lingua, la patria e l'origine, il credo religioso e le altre convinzioni anche politiche: a questo riguardo, però, l'opinione prevalente ritiene che manchi un'autorizzazione esplicita all'adozione di misure «positive».

In tale prospettiva il fattore *handicap* può dirsi occupi una posizione a sé, dato che in virtù di una disabilità non solo non si può essere *discriminati*, ma eventualmente si può legittimamente essere destinatari di un trattamento *preferenziale*. Una simile possibilità di intervenire con misure statali «positive» o di «compensazione», finalizzate all'eliminazione degli svantaggi esistenti, riavvicina indubbiamente questo (mero) divieto di discriminazione alla dimensione protettiva del fattore sessuale, sia da un punto di vista sistematico che soprattutto contenutistico.

La Costituzione italiana invece, per quanto riguarda sanzione espressa del principio di uguaglianza e fattori di discriminazione, viene caratterizzandosi da una parte per un'elencazione non tassativa e limitata di fattori: ciò può dedursi dalla menzione delle «condizioni personali e sociali» all'interno dell'art. 3, comma 1°, accanto ai fattori sesso, razza, lingua, religione e opinioni politiche.

Sulla base di questo riferimento – si argomenta – dovrebbero ritenersi inclusi nella «copertura» costituzionale anche fattori ulteriori e non espressamente indicati, come *handicap*, orientamento sessuale ed età.

Dall'altra parte il precetto «programmatico», contemplato dal comma 2° dell'art. 3 come attribuzione di compiti rivolta alla Repubblica e volto alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà è l'eguaglianza dei cittadini», dovrebbe far sì che sia assicurato anche *sostanzialmente* il godimento dei diritti – astrattamente riconosciuti in capo a tutti – attraverso l'eliminazione delle disuguaglianze di fatto. Si tratta al riguardo di una «compensazione» o di un «riequilibrio» delle condizioni fattuali e sociali (nella cui prospettiva, tuttavia, si tende in genere a rifiutare l'ammissibilità di misure puramente orientate ai risultati); il modello di uguaglianza contenuto nell'art. 3 Cost., dunque, è ispirato al concetto di pari opportunità in senso *sostanziale*.

11. (segue) Tentativi di concretizzazione pratica dei principi

In linea generale, sia in Germania che in Italia i precetti costituzionali in materia di antidiscriminazione sono concepiti innanzitutto come attribuzione al relativo titolare di posizioni giuridiche «difensive», da far valere nei confronti dell'autorità pubblica.

Attraverso la valvola delle clausole generali del diritto civile, peraltro, gli stessi precetti possono essere fatti valere come fondamentali opzioni valoriali di rango costituzionale: e soprattutto nell'esperienza tedesca fanno parte della consolidata tradizione privatistica le opinioni che sono state in grado di argomentare tale ricostruzione. Ancorché in questo contesto argomentativo, tuttavia, non è mai riuscita ad imporsi in modo incontrastato l'opinione secondo cui, anche prima dell'emanazione della legge generale sulla parità di trattamento (AGG), il diritto tedesco sarebbe stato dotato – proprio grazie alla mediata

Drittwirkung dei precetti antidiscriminatori – di un idoneo sistema protettivo contro la discriminazioni in diritto privato ⁽¹²⁰⁵⁾).

Sull'altro versante, le affermazioni fino ad ora raccolte ed accumulate dalla giurisprudenza costituzionalistica italiana – secondo cui anche i privati devono prestare attenzione al precetto di non discriminare in base al sesso, alla razza, alla lingua e alla religione ⁽¹²⁰⁶⁾ – non sono state in grado di fornire adeguato fondamento ai tentativi di trovare finalmente una soluzione ai «casi» di discriminazione di volta in volta oggetto di decisione presso i giudici del merito. La Corte di Cassazione mostra al riguardo di prediligere una posizione più di «retroguardia», rinnegando l'esistenza positiva di un obbligo alla parità di trattamento nel vigente sistema delle relazioni contrattuali.

Hanno fallito, inoltre, i tentativi (pure immaginati in dottrina) di dedurre l'esistenza implicita di un ampio e «versatile» principio attraverso cui sanzionare i rifiuti di stipulare fondati su ragioni discriminatorie, argomentandola dall'esistenza positiva di disposizioni di legge sull'obbligo di contrattare, come ad esempio l'art. 2597 c.c. che vincola l'imprenditore in regime di monopolio a «contrattare con chiunque richieda le prestazioni (...) osservando la parità di trattamento».

12. Linee di emersione dei risultati in chiave valutativa: luci ed ombre delle discipline nazionali

Non di poco momento sono le differenze esistenti tra le disposizioni con cui Germania e Italia, tra il 2003 e il 2008, hanno provveduto all'attuazione delle direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE, applicabili tra l'altro in riferimento all'«accesso a beni e servizi offerti al pubblico, e la loro fornitura». Ciò si nota, innanzitutto, nella chiave della forza, del «valore» e dell'ampiezza attribuiti ai divieti discriminatori.

⁽¹²⁰⁵⁾ Cfr. nel capitolo 3, A, IV.

⁽¹²⁰⁶⁾ Così CORTE COST., 9.3.1989 n. 103, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2105.

Quanto all'estensione dell'ambito applicativo il legislatore tedesco, nelle disposizioni di cui ai §§ 19 ss. dell'AGG relative alla «protezione contro le discriminazioni nel traffico giuridico privato», si è spinto al di là degli *standard* europei nella misura in cui include anche l'identità sessuale nello spettro applicativo del divieto civilistico di discriminazione e (limitatamente ai «negozi di massa» e «assimilabili» ed ai contratti di assicurazione privata) le discriminazioni fondate sui fattori età, religione, *handicap*, oltre a quelle fondate su razza, origine etnica e sesso.

Il legislatore italiano dal canto suo – soprattutto in ragione della sua scelta di procedere al recepimento in modo tendenzialmente «meccanico», riproducendo i contenuti delle direttive in altrettanti strumenti legislativi autonomi e separati – è stato assai criticato al riguardo. Particolarmente consigliabile sarebbe stato, nello specifico, attuare in modo unitario e contestuale le direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, emanate nello stesso anno, in modo da far sì che la protezione relativa ai «fattori» ivi previsti potesse risultare uniformata (come opportunamente accade nell'AGG) e che alcune delle «disarmonie» ora esistenti potessero essere evitate.

La disciplina attuativa dei precetti comunitari di cui alla direttiva sull'«antirazzismo» (contenuta nel d. legis. n. 215 del 2003) *in parte* fa espresso riferimento alle disposizioni del «testo unico sull'immigrazione», *in parte* dichiara quest'ultimo applicabile in relazione a determinate questioni: ma senza spendersi in una sufficiente opera di coordinamento sistematico con le relative disposizioni protettive. Le modificazioni e i ritocchi finora eseguiti dal legislatore – resisi necessari in conseguenza di un'attuazione parzialmente insufficiente – non hanno ancora posto del tutto rimedio a questa situazione, e ulteriori perfezionamenti sembrano perciò quanto mai urgenti.

Per quanto riguarda invece la regolamentazione del sistema sanzionatorio – come detto, in ampia misura lasciato alla discrezionalità degli Stati membri da parte del legislatore comunitario – gli attuatori nazionali sono stati esortati a fare uso del margine decisionale loro conferito guardando ai fondamentali canoni comunitari dell'*effettività* e dell'*equivalenza*.

Sul punto, in presenza di una violazione del divieto privatistico di discriminazione l'AGG accorda azioni giudiziali e pretese all'*eliminazione* delle conseguenze, all'*inibizione* e pure al *risarcimento* dei danni patrimoniali e non

patrimoniali. Sotto questo profilo – per quanto il significato letterale della relativa disposizione non sia affatto univoco – se si condivide l'idea che il legislatore tedesco abbia inteso svincolare tanto il danno patrimoniale quanto quello non patrimoniale dal requisito della colpevolezza, dovrebbero trovare conferma alcuni fondati dubbi circa l'effettiva compatibilità della disciplina con i precetti europei, soprattutto alla luce di alcuni orientamenti della Corte di giustizia CE in materia di discriminazione sessuale nel settore del lavoro ⁽¹²⁰⁷⁾.

Quanto alla seconda questione più discussa in tema di sanzioni – cioè la questione se la persona lesa possa o meno ottenere in via coattiva la conclusione del contratto, nel caso in cui sia stata vittima di un rifiuto discriminatorio – l'AGG non prevede nulla di esplicito nella sua parte «civilistica», a differenza di quanto ancora accadeva all'interno della relativa proposta di legge. L'obiettivo di proteggere l'interesse del discriminato alla concreta conclusione del contratto, alla luce dell'effettività che le sanzioni adottate dovrebbero raggiungere, dovrebbe militare a favore di un vero e proprio «obbligo a stipulare»: ed in questo senso si è argomentato nella presente indagine ⁽¹²⁰⁸⁾.

In Italia, sempre in tema di sanzioni, vanno rilevanti (ancora una volta) alcuni problemi di coordinamento tra le disposizioni attuative e quelle contenute nel «testo unico dell'immigrazione», al cui apparato sanzionatorio pure il d. legis. n. 215 del 2003 in larga parte fa rinvio, nell'ambito delle discriminazioni basate su razza e origine etnica. Se è vero che sul punto, a ben guardare, le prescrizioni dei due apparati normativi non si contraddicono, tuttavia una formulazione (più) uniforme avrebbe senz'altro facilitato l'opera dell'interprete ed eliminato anche le residue incertezze interpretative. Sulla realtà di questa situazione non dovrebbe incidere più di tanto, ad una prima impressione, la modifica operata soltanto di recente con l'inserimento di una proposizione aggiuntiva, a norma della quale la «tutela giurisdizionale si svolge nelle forme previste dal testo unico *in quanto compatibili*» ⁽¹²⁰⁹⁾.

⁽¹²⁰⁷⁾ Cfr. nel capitolo 5, A, II, 2.

⁽¹²⁰⁸⁾ Cfr. nel capitolo 5, A, II, 1.

⁽¹²⁰⁹⁾ Cfr. l'art. 8 *sexies* della l. n. 101 del 2008, che ha convertito con modifiche il d.l. n. 59 del 2008.

13. L'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*: un modello da seguire?

Abbozzando una valutazione riassuntiva, nel complesso il legislatore italiano ha mostrato di preferire – come accennato – una riproduzione tendenzialmente meccanica delle prescrizioni comunitarie, senza farsi troppe preoccupazioni circa il coordinamento sistematico con le disposizioni già esistenti all'interno dell'ordinamento.

Da questo punto di vista le recenti modifiche formali ai testi attuativi, peraltro intervenute soltanto verso la metà dell'anno trascorso, non hanno il merito di apportare alcun vero miglioramento; alcune ulteriori distinzioni introdotte, anzi, impediscono quell'auspicato livello «minimo di armonizzazione» che sarebbe quanto mai opportuno in un settore quale quello del diritto antidiscriminatorio ⁽¹²¹⁰⁾.

E' stata finora sprecata, perciò, una buona occasione per realizzare un sistema di protezione (più) effettivo attraverso l'uniformazione delle discipline ed un sufficiente coordinamento delle modifiche introdotte ⁽¹²¹¹⁾. Un ampliamento almeno parziale dei «fattori» di discriminazione meritevoli di tutela nel traffico privatistico sarebbe stato quanto mai opportuno: ciò vale in maniera particolare per il fattore religione, già ricompreso nell'ambito applicativo del «testo unico dell'immigrazione».

Di contro il legislatore tedesco sembra quasi aver preannunciato ed anticipato, in certa misura, gli ulteriori e più recenti sviluppi a livello comunitario, dove sono in corso le procedure originate dalla presentazione di una proposta di direttiva ⁽¹²¹²⁾ recante «applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», che dovrebbe estendere i relativi

⁽¹²¹⁰⁾ Così CALAFA, *Procedure d'infrazione e diritto antidiscriminatorio: l'apporto del d.l. n. 59/2008 (artt. 8-quarter, sexies, septies)*, in *Studium iuris*, 2009, p. 126.

⁽¹²¹¹⁾ Ha stupito in modo particolare, ad esempio, che non sia stata nemmeno oggetto di considerazione l'opportunità di un'attuazione «integrata» delle direttive (pressoché coeve) 2000/43/CE e 2000/78/CE: cfr. in particolare nel capitolo 4, D.

⁽¹²¹²⁾ Cfr. *supra*, nt. 1182.

divieti discriminatori anche al di là dell'ambito occupazionale e del lavoro, riguardano ad esempio l'«accesso a beni e servizi offerti al pubblico, e la loro fornitura».

Se la proposta non dovesse rimanere tale, completando l'*iter* legislativo (come è probabile accada), è legittimo chiedersi a questo punto se l'AGG non possa fungere da «modello» per gli altri ordinamenti nazionali degli Stati membri in sede di attuazione. Interrogativo da considerare ed osservare anche nella chiave dell'ulteriore elaborazione del CFR, in seno al quale peraltro, già ora, l'influsso del modello tedesco è più che evidente.

Se sono innegabili queste potenzialità della legge, tuttavia, perché essa possa arrivare a svolgere appieno una funzione simile occorrerebbe senz'altro che il legislatore provvedesse ad eliminare le disposizioni *incompatibili* con i requisiti comunitari ⁽¹²¹³⁾. Ma non solo.

Il legislatore tedesco, in particolare, dovrebbe essere chiamato a prendere una posizione chiara in relazione ad alcune «scomode» questioni, tra cui quella, decisiva, dell'imposizione espressa di un *obbligo a stipulare*. Dovrebbe inoltre abbandonare l'impiego di nozioni (o quanto meno delinearle in maniera più chiara) poco rigorose o del tutto indefinibili come «negozi di massa», «pluralità di casi», «rapporti di fiducia» ⁽¹²¹⁴⁾, che al momento compromettono una corretta ed uniforme interpretazione del testo legislativo, mettendo a repentaglio la certezza del diritto e l'applicabilità della disciplina.

Inoltre – lo si ripete di nuovo, a conclusione delle riflessioni qui riassunte – a ragione la letteratura specialistica sottolinea da sempre come funzionalità ed efficacia del diritto antidiscriminatorio dipendano quasi essenzialmente dalla regolamentazione delle conseguenze sanzionatorie, al di là delle (necessarie ma) semplici affermazioni di principio. E' in questo senso vanno che valutate le regole relative all'onere della prova del comportamento discriminatorio ed alle possibilità di intervento accordate alle associazioni «antidiscriminatorie».

Sotto il primo profilo, da parte italiana ci si è lamentati di una incompatibilità della disciplina attuativa (come originariamente contenuta nel d. legis. n. 215 del

⁽¹²¹³⁾ Cfr. nel capitolo 5, A, II, 2.

⁽¹²¹⁴⁾ Cfr. nel capitolo 4, A, II.

2003, ora sul punto in parte migliorato con l'appena ricordato recente intervento legislativo) rispetto ai requisiti comunitari, che richiedevano l'introduzione di un'inversione dell'onere probatorio. Da parte tedesca analoghe incertezze dovrebbero poter essere evitate grazie ad un'interpretazione delle rispettive disposizioni all'interno dell'AGG in modo conforme alla direttiva: senza che ciò, peraltro, escluda l'opportunità di un miglioramento nella *formulazione* che vada incontro alle esigenze di chiarezza delle disposizioni di legge.

Sotto il secondo profilo, un'altra scelta del legislatore tedesco probabilmente suscettibile di miglioramento è quella di prediligere un modello «minimale» di attuazione con riguardo all'attività e alle prerogative delle cc.dd. associazioni «antidiscriminatorie» (*Antidiskriminierungsverbände*), la cui operatività processuale al momento è circoscritta ad un limitante compito di interventore «adesivo» (*Beistand*). In Italia, al contrario, si è preferito attribuire possibilità d'intervento più ampie a favore dell'associazionismo (ad esempio anche quando si tratti di discriminazioni dalle dimensioni «collettive») ⁽¹²¹⁵⁾.

⁽¹²¹⁵⁾ Cfr. nel capitolo 5, B, III, 1.2.

ZIVILRECHTLICHER SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG
IM SPIEGEL DER EUROPÄISCHEN ENTWICKLUNG: DEUTSCHLAND UND ITALIEN IM VERGLEICH

LITERATURVERZEICHNIS

- Abatangelo Chiara*, La richiesta di riduzione della clausola penale: un'ipotesi di c.d. eccezione in senso lato?, *Rivista di diritto civile* 2007, S. 43
- Acierno Maria*, La tutela dalle discriminazioni nel d.lgs. n. 215/2003, *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2004, S. 43
- Adomeit Klaus*, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, S. 1622
- Adomeit Klaus*, Political correctness – Jetzt Rechtspflicht!, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 2169
- Adomeit Klaus*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Kritisch gesehen, *Humboldt Forum Recht* 8/2008, S. 92
- Aimo Mariapaola*, Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali, in *Barbera Marzia* (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, S. 43
- Alexy Robert*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1994
- Alpa Guido*, Libertà contrattuale e tutela costituzionale, *Rivista critica di diritto privato* 1995, S. 35
- Alpa Guido*, Nuove prospettive della protezione dei consumatori, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, S. 101
- Alpa Guido*, Identità e discriminazione, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, S. 33
- Amato Fabrizio/Barbera Marzia/Calafà Laura*, Codificazioni mancate: Riflessioni critiche sul Codice delle pari opportunità, in *Barbera Marzia* (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, S. 227
- Aristoteles*, *Die Nikomachische Ethik*, Stuttgart 1984
- Armbrüster Christian*, Sanktionen wegen Diskriminierung, *Kritische*

- Vierteljahresschrift für Gesetzgebung 2005, S. 41
- Azzena Luisa*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale: Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino 2006
- Bachmann Gregor*, Kontrahierungspflichten im privaten Bankrecht, *Zeitschrift für Beamtenrecht* 2006, S. 257
- Badura Peter*, Generalprävention und Würde des Menschen, *Juristenzeitung* 1964, S. 337
- Baer Susanne*, Würde oder Gleichheit, Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995
- Baer Susanne*, “Ende der Privatautonomie” oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, S. 290
- Baldassarre Antonio*, Iniziativa economica, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, 1971, S. 582
- Ballestrero Maria-Vittoria*, Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro, *Lavoro e diritto* 2004, S. 501
- Bar Christian von/Schulte-Nölke Hans*, Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, S. 165
- Barbera Marzia*, La nozione di discriminazione, *Nuove leggi civili commentate*, 1994, S. 54
- Barbera Marzia*, Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti-discrimination Law Context, *Industrial Law Journal* 2002, S. 82
- Barbera Marzia*, La riforma delle istituzioni degli strumenti delle politiche di pari opportunità (L’onere della prova), *Nuove leggi civili commentate* 2003, S. 735
- Barbera Marzia*, Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, S. 399-421
- Barbera Marzia* Il nuovo diritto antidiscriminatorio: Innovazione e continuità, in *Barbera Marzia (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, S. XIX
- Barcellona Pietro*, Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici, Milano 1969
- Barcellona Pietro*, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1980

- Barcellona Pietro*, Diritto privato e società moderna, Napoli 1996
- Barcellona Mario*, Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, Europa e diritto privato 2005, S. 631
- Barile Paolo*, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna 1984
- Barile Paolo*, Istituzioni di diritto pubblico, Padova 1998
- Barnard Catherine/Hepple Bob*, Substantive Equality, Cambridge Law Journal, 2000, S. 562
- Bartole Sergio/Bin Roberto* (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, Padova 2008.
- Basedow Jürgen*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europäischen Privatrecht, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2008, S. 230
- Basedow Jürgen*, Freedom of Contract in the European Union, European Review of Private Law, 2008, S. 901
- Basedow Jürgen*, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2008, S. 673
- Bauer Jobst-Hubertus/Thüsing Gregor/Schunder Achim*, Alter Wein in neuen Schläuchen – Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz? Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2006, S. 774
- Bauer Jobst-Hubertus/Göpfert Burkard/Krieger Steffen* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2007.
- Bauer Max W./Eccher Bernhard/König Bernhard/Kreuzer Josef/Zanon Heinz*, Italienisches Zivilgesetzbuch – Codice civile, zweisprachige Ausgabe, Bozen 2000
- Bell Mark*, Antidiscrimination Law and The European Union, Oxford 2002
- Bell Mark*, Direct Discrimination, Schiek Dagmar /Waddington Lisa/Bell Mark (ed.), Cases, materials and texts on national, supranational and international non-discrimination law, Oxford, Portland 2007, S. 185
- Bell Mark/Waddington Lisa*, Reflecting on inequalities in European equality law, European Law Review 2003, S. 349
- Bell Mark/Waddington Lisa*, 2003, Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 2003, S. 373
- Benecke Martina/Kern Gisela*, Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im

- deutschen Recht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005, S. 360
- Bernardi Alessandro*, Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario 2002, S. 485
- Bezenberger Tilman*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, Archiv für die civilistische Praxis, 1996, S. 395
- Bianca Massimo*, Diritto civile. Il contratto, 2. edizione, Milano 2000
- Bianca Massimo*, Diritto civile. La norma giuridica, i soggetti, 2. edizione, Milano 2002
- Bielefeldt Heiner/Follmar-Otto Petra*, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper n. 5, Berlin 2005
- Bifulco Raffaele/Cartabia Marta/Celotto Alfonso* (a cura di), L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Bologna 2001
- Bin Roberto/Pitruzzella Giovanni*, Diritto costituzionale, Torino 2007
- Bleckmann Albert*, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, Deutsches Verwaltungsblatt 1988, S. 938
- Böhm Franz*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO Bd. 17 (1966), S. 75
- Borelli Silvia*, Frammentazione del lavoro e divieto di discriminazione, Torino 2007
- Bossuyt Marc*, Prohibition of Discrimination and the Concept of Affirmative Action, in Bringing International Human Rights Law Home, Judicial colloquium on the domestic application of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women and the convention on the rights of the child, New York 2000, S. 93
- Bouchouaf Ssoufian/Britz Gabriele/Richter Tobias*, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 27. Juni 2006, Rs. C-540/03 (EP/Rat), Juristenzeitung 2007, S. 43
- Branca Giuseppe* (a cura di), Commentario alla Costituzione, Bologna 1975
- Braun Johannes*, Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, Juristische Schulung, 2002, S. 424
- Bringing international human rights law home : judicial colloquium on the domestic application of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women and the convention on the rights of the child, New York: United Nations, 2000
- Britz Gabriele*, Zur Individualbeschwerde nach Art. 14 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Europäische Grundrechtezeitschrift 2002, S. 381
- Burgi Martin*, Deutsche Verwaltungsgerichte als Gemeinschaftsgerichte, Deutsches

- Verwaltungsblatt 1995, S. 772
- Busche Jan*, Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote, in *Leible Stefan/Schlachter Monika* (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München 2006, S. 159
- Bydlinski Franz*, Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwangs, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1980, S. 1
- Bydlinski Franz*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York 1982
- Bydlinski Franz*, *Das Privatrecht im System einer Privatrechtsgesellschaft*, Wien, 1994
- Calafà Laura*, Le direttive antidiscriminatorie di “nuova generazione”: il recepimento italiano, *Studium iuris* 2004, S. 873
- Calafà Laura*, Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell’uguaglianza, *Lavoro e diritto* 2005, S. 273
- Calafà Laura*, Discriminazioni e molestie: il recepimento italiano della direttiva 2002/73/EG, *Studium iuris* 2006, S. 841
- Calafà Laura*, Procedure d’infrazione e diritto antidiscriminatorio: l’apporto del d.l. n. 59/2008 (artt. 8-quarter, sexes, speties), *Studium iuris* 2009, S. 122
- Calliess Christian/Ruffert Matthias* (Hrsg.), *EUV/EGV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 3. Auflage, München 2007
- Canaris Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, *Archiv für die civilistische Praxis* 1984, S. 201
- Canaris Claus-Wilhelm*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in *Festschrift Lerche*, München 1993, S. 873
- Canaris Claus-Wilhelm*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997
- Canaris Claus-Wilhelm*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, *Archiv für die civilistische Praxis* 2000, S. 273
- Caretti Paolo*, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino 2005
- Cartabia Martha*, Le azioni positive come strumento del pluralismo?, in *Bin Roberto/Pinelli Cesare*, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, S. 65
- Carter Ian*, Introduzione, in *Carter Ian* (a cura di), *L’idea di eguaglianza*, Milano 2001,

S. 7

- Caruso Daniela*, Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, *Harvard International Law Journal*, 2003, S. 331
- Caspar Johannes*, Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, *Europäische Grundrechtezeitschrift* 2000, S. 135
- Centini Matteo*, La tutela contro le discriminazioni, *Giurisprudenza costituzionale* 2007, 2405
- Cerioni Pasquali Ilja*, Libertà religiosa e laicità dello Stato: nuove problematiche – Il divieto di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro: riflessioni critiche, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 2005, S. 93-124
- Cerri Augusto*, L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: esame analitico e ipotesi ricostruttive, Milano 1976
- Cerri Augusto*, L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro, *Foro italiano* 1992, c. 1526
- Cerri Augusto*, Uguaglianza, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXII, Roma, 1994
- Cerri Augusto*, L'eguaglianza, Roma, Bari 2005
- Chieco Pasquale*, Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1989, S. 447
- Chieco Pasquale*, Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione, *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2002, S. 75
- Chieco Pasquale*, Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 2006, S. 559
- Chiti Giulia*, Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2000, S. 851
- Cian Giorgio/Trabucchi Alberto* (a cura di), *Commentario breve al Codice civile*, Padova 2008
- Ciaroni Lorenzo*, Autonomia privata e principio di non discriminazione, *Giurisprudenza italiana* 2006, S. 1816
- Cicchetti Valeria*, L'azione civile contro la discriminazione ex art. 44 T.U. 286/1998, *Il lavoro nella giurisprudenza* 2000, S. 729
- Cirkel Johannes*, Gleichheitsrechte im Gemeinschaftsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, S. 3332
- Coester Michael*, Diskriminierungsschutz im Privatrechtssystem, in *Festschrift Canaris*,

- München 2007, S. 117
- Crisafulli Vezio/Paladin Livio* (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, Padova 1990
- Curcio Laura*, Legittimazione ad agire nel nostro ordinamento e in particolare nel diritto del lavoro, in Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Roma 2005, S. 353
- Curcio Laura*, Le azioni in giudizio e l'onere della prova, in Barbera Marzia (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano 2007, S. 529
- Damm Sven Mirko*, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit, Berlin 2006.
- Däubler Wolfgang/Bertzbach Martin* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Baden-Baden 2007
- Dauses Manfred*, Die Antidiskriminierungsrichtlinien: Faustscher Tatendrang oder mephistophelischer Zynismus? Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 129
- De Simone Gisella*, Flessibilità, lavori flessibili, diritto comunitario, Rivista critica di diritto del lavoro, 2002, S. 503
- De Simone Gisella*, Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno, Lavoro e Diritto 2004, S. 527
- Derleder Peter*, Ausländer im Mietrecht, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 1995, S. 296
- Derleder Peter/Sabetta Giuseppe*, Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbots im Wohnraummietrecht, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2005, S. 3
- Di Fabio Udo*, Die Kultur der Freiheit: Der Westen gerät in Gefahr, weil eine falsche Idee der Freiheit die Alltagsvernunft zerstört, München 2005
- Di Majo Adolfo*, La tutela civile dei diritti, Milano 1987
- Di Majo Adolfo*, La riduzione della penale ex officio, Corriere giuridico 2005, S. 1538
- Dreier Horst* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar. Band I, 2. Auflage Tübingen, 2004
- Dürig Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift Nawiasky, München 1956, S. 156
- Dworkin Ronald*, Questioni di principio, Milano 1990
- Ebsen Ingwer*, Leistungsbezogene Quotierung für den öffentlichen Dienst, Juristische Ausbildung 1990, S. 515

- Ehlers Dirk*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Juristische Ausbildung 2000, S. 372
- Eichenhofer Eberhard*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, Deutsches Verwaltungsblatt 2004, S. 1078
- Eichenhofer Eberhard*, Sozialrecht und soziale Gerechtigkeit, Juristenzeitung 2005, S. 209
- Ellis Evelyn*, EU-Antidiscrimination Law, Oxford 2005
- Engert Andreas*, Allied by surprise? The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute, German Law Journal 2003, S. 685
- Esposito Carlo*, La Costituzione italiana, Padova 1954
- Falke Josef/Rust Ursula* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Berlin 2007
- Fenwick Helen/Hervey Tamara*, Sex Equality in the Single Market, Common Market Law Review, 1995, S. 443
- Fiorita Nicola*, Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica 2004, S. 362
- Franke Bernhard/Merx Andreas*, Positive Maßnahmen – Handlungsmöglichkeiten nach § 5 AGG, Arbeit und Recht 2007, S. 235
- Fredman Sandra*, European Community Discrimination Law: A Critique, Industrial Law Journal, 1992, S. 119
- Fredman Sandra*, Equality: A New Generation?, Industrial Law Journal 2001, S. 145
- Fredman Sandra*, Discrimination Law, Oxford 2002
- Fredman Sandra*, Mehrfache Diskriminierung und EU-Recht, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2005 (Nr. 2), S. 13
- Fredman Sandra*, Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space, in European Law Journal 2006, S. 41
- Frenz Walter*, Subjektiv öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten, Deutsches Verwaltungsblatt 1995, S. 408
- Fries Manuela*, Die Bedeutung von Art. 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht. Diskriminierung durch Private beim Zugang zu Gaststätten, Berlin, Heidelberg, New York 2003
- Frowein Jochen A./Peukert Wolfgang* (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention,

2. Auflage, Kehl 1996

Gabrielli Giovanni, Il rapporto giuridico preparatorio, Milano 1974

Gaier Reinhard/Wendtland Holger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG:
Eine Einführung in das Zivilrecht, München 2006

Garofalo Mario Giovanni/Recchia Giuseppe Antonio, Le sanzioni e la loro efficacia, in
Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione fondata
sull'orientamento sessuale, Roma 2005, S. 315

Garofalo Mario Giovanni, Una riflessione sul Codice delle pari opportunità fra uomo e
donna, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, S. 719

Gebauer Martin, Europäische Auslegung des Zivilrechts, in Gebauer Martin/Wiedmann
Thomas (Hrsg.), Richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze,
Stuttgart 2005, S. 95

Gerards Janneke, Implementation of Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment
Legislation, Maastricht Journal of European and comparative law 2006, S. 291

Gerstenberg Oliver, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993:
Risikoregulierung und Privatrecht – Sicherheit, Umweltschutz, Versicherung im
Wettbewerbsrecht – Risikomanagement im Unternehmen, S. 25

Gianformaggio Letizia, Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono
veramente incompatibili? Lavoro e Diritto 1992, S. 187

Giuffrè Felice, La solidarietà nel'ordinamento costituzionale, Milano 2002

Goldschmidt Jenny E., Back to the future – an Agenda for a More Equal Future, in
Loenen Titia/Rodrigues Peter R., Non-Discrimination Law: Comparative
Perspectives, The Hague, 1999, S. 437

Grobys Marcel, Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess, Neue Zeitschrift für
Arbeitsrecht 2006, S. 898

Gosepath Stefan, Gleiche Gerechtigkeit: Grundlage eines liberalen Egalitarismus,
Frankfurt am Main 2004

Gottardi Daniela, Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o
sovrapposte: le transizioni, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
2003, 447

Gottardi Daniela, Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e
indiretta, in Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione
fondata sull'orientamento sessuale, Roma 2005, S. 117

- Gottardi Donata*, Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica, in Barbera Marzia (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, S. 1
- Grisi Giuseppe*, *L'autonomia privata: Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano 1999
- Grundmann Stefan*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlin 1999
- Grundmann Stefan*, Einwirkung von EG-Richtlinien des Privat- und Wirtschaftsrechts auf nationales Recht – Deckungsgleichheit im Mindestniveau, *Juristische Schulung* 2002, S. 768
- Grundmann Stefan*, *Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis?*, *Juristenzeitung* 2005, S. 860
- Grundmann Stefan*, The Concept of the Private Law Society: After 50 years of European and European Business Law, *European Review of Private Law*, 2008, S. 553
- Guaglianone Luciana*, Le discriminazioni basate sul genere, in Barbera Marzia (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, S. 247
- Guariello Fausta*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, S. 341
- Guariso Alberto*, I provvedimento del giudice, in Barbera Marzia (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, S. 579
- Guild Elspeth*, The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations, *Industrial Law Journal* 2000, S. 416
- Havinga Tetty*, The effects and limits of anti-discrimination law in the Netherlands, *International Journal of Sociology Law* 2002, S. 75
- Heiderhoff Bettina*, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts: insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung*, München 2004
- Henning Wiebke/Baer Susanne*, *Europarecht als Chance*, *STREIT* 2002, S. 169
- Hepple Bob*, Discrimination and Equality of Opportunity – Northern Irish Lessons, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, S. 408
- Hepple Bob*, Race and Law in Fortress Europe, *Modern Law Review* 2004, S. 1
- Hermes Georg*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, S. 1764
- Herrmann Elke*, Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip. Zugleich der Versuch

- einer dogmatischen Erfassung der vorvertraglichen Regelungen des § 611 a BGB, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, S. 19
- Hesse Konrad*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, Archiv für öffentliches Recht 1984, S. 174
- Hippel Fritz von*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936.
- Hoffmann-Riem Wolfgang*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in Hoffmann-Riem Wolfgang/Schmidt-Abmann Eberhard (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261
- Hofmann Hans*, Die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung in dem neuen Art. 3 II S. 2 GG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1995, S. 257
- Honsell Heinrich*, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 621
- Husmann Manfred*, Die EG-Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/2002 und ihre Umsetzung in das deutsche, englische und französische Recht, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2005, S. 107
- Huster Stefan*, Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität – Zu einigen Grundfragen der Rechtfertigung von Quotenregelungen, Archiv für öffentliches Recht 1993, S. 10
- Isensee Josef*, Mit blauem Auge davongekommen – Das Grundgesetz, Neue Juristische Wochenschrift 1993, S. 2583
- Izzi Daniela*, Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di “seconda generazione”, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2003, 423
- Jarass Hans-D.*, EU-Grundrechte. Ein Studien- und Handbuch, München 2005
- Jarass Hans-D./Pieroth Bodo* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage, München 2004
- Jürgens Andreas*, Gleichstellungsgesetz für Behinderte?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1993, S. 129
- Jürgens Andreas*, Der Diskriminierungsschutz im GG, Deutsches Verwaltungsblatt 1997, S. 410

- Jürgens Gunther*, Grundrecht für Behinderte, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1995, S. 452
- Kennedy Duncan*, Percorsi dell'antiformalismo – La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti, Rivista critica di diritto privato, 2002, S. 317
- Kischel Uwe*, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, Europäische Grundrechtezeitschrift 1997, S. 1
- Kissling Claudia*, „Menschenrechtlicher Mindeststandard“, Hochschulforum Recht 2001, S. 81
- Klein Eckard*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 1633
- Knöpfel Gottfried*, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 553
- Kocher Eva*, Geschlechterdifferenz und Staat, Kritische Justiz 1999, S. 182
- Kocher Eva*, Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, STREIT 2003, S. 139
- Kocher Eva*, Antidiskriminierungsrecht: Die Auseinandersetzungen beginnen erst!, Kritische Justiz 2006, S. 356
- Kocher Eva*, Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts – Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2004, S. 260
- Kokott Juliane*, Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1995, S. 1049
- Koppenfels Katharina von*, Das Ende der Vertragsfreiheit?, Wertpapiermitteilungen 2002, S. 1489
- Korell Julia*, Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?, Juristische Ausbildung 2006, S. 1
- Körner Marita*, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Zur Bedeutung präventiver und punitiver Elemente, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 241
- Körner Marita*, Völkerrechtlicher Schutz vor Diskriminierung im CEDAW, Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, S. 223
- Kronman Anthony T.*, Contract Law and Distributive Justice, The Yale Law Journal 1980, S. 472
- Krummel Christian/Küttner Wolfdieter*, Antisemitismus und Ausländerfeindlichkeit,

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, S. 67
- Kühner Rolf*, Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung, Neue Juristische Wochenschrift 1986, S. 1397
- La Rocca Delia*, Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi, in Barbera Marzia (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano 2007, S. 289
- La Rocca Delia*, Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo, Torino 2008
- Lachwitz Klaus*, Nachbarschaftliche Toleranz gegenüber Menschen mit Behinderungen, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 881
- Lange Heinrich/Kuchinke Kurt*, Erbrecht, 5. Auflage, München 2001
- Larenz Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts I/Band 1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987
- Lazzeroni Lara*, Molestie, molestie sessuali: nozioni, regole, confini, in Barbera Marzia (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano 2007, S. 379
- Lehmann Matthias*, Diskriminierungsschutz und Privatrecht – Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich, in Schulze Reiner (Hrsg.), New Features in Contract Law, München 2007, S. 67
- Leisner Walter*, Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Liebscher Doris*, Antidiskriminierungskultur? In Deutschland unerwünscht! STREIT 2005, S.100.
- Limbach Jutta*, Forum: Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, in Juristische Schulung 1985, S. 10
- Limbach Jutta*, Ein Nachwort: Der Kompromiss, in Limbach Jutta/Eckertz-Höfer Marion (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland: Diskussionen in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform, Baden Baden 1993, S. 299
- Lohse Volker*, „Türken ist der Zutritt verboten“ – Volksverhetzung durch Zutrittverweigerung, Neue Juristische Wochenschrift 1985, S. 1677
- Lombardi Giorgio*, Potere privato e diritti fondamentali, Torino 1970
- Looschelders Dirk*, Das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in Leible Stefan/Schlachter Monika (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, S. 141
- Löwisch Manfred*, Arbeitsrecht, 7. Auflage, Düsseldorf 2004

- Luciani Massimo*, La produzione economica privata nel sistema costituzionale, Padova 1983
- Luciani Massimo*, Economia nel diritto costituzionale, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino 1990, S. 373
- Luciani Massimo*, Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali, *Rivista critica di diritto privato* 1992, S. 203
- Maffei Daniele*, Il contraente e la disparità di trattamento, *Rivista di diritto privato* 2006, S. 281
- Maffei Daniele*, La discriminazione religiosa nel contratto, *Diritto ecclesiastico* 2006, S. 55
- Maffei Daniele*, Offerta al pubblico e divieto di discriminazione, Milano 2007
- Maffei Daniele*, Libertà contrattuale e divieto di discriminazione, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, S. 401
- Maier-Reimer Georg*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 2577
- Mangoldt Herrmann von/Klein Friedrich/Starck Christian* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 5. Auflage, München 2005
- Mantello Marco*, La tutela civile contro le discriminazioni, *Rivista di diritto civile* 2004, S. 439
- Mantello Marco*, Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà, Milano 2007
- Mantovani Manuela*, Le nullità e il contratto nullo, in *Roppo Enzo* (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, S. 37
- Margiotta Broglio Francesco*, Discriminazione razziale e discriminazione religiosa, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 2000, S. 269
- Maunz Theodor/Dürig-Herzog*, *Grundgesetz. Kommentar*, Band 1, 42. Ergänzungslieferung, München 2003
- Mayer Klaus/Scheinpflug Jörg*, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen 1996
- Mc Colgan Aileen*, Harassment, in *Schiek Dagmar /Waddington Lisa/Bell Mark* (ed.), *Cases, materials and texts on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford, Portland 2007, S. 477
- McCrudden Christopher*, *Regulating Discrimination: Advice to a legislator on Problems*

- Regarding the Enforcement of Anti-Discrimination Law and Strategies to Overcome Them, in Loenen Titia/Rodrigues Peter R., Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, The Hague, 1999, S. 295
- McCrudden Christopher*, "The New Concept of Equality", in Fight against Discrimination: The Race and Framework Employment Directives, Conference Paper, ERA Forum 2003
- Medicus Dieter*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 2000.
- Meinel Gernod/Heyn Judith/Herms Sascha*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2007
- Meli Marisa*, Armonizzazione del diritto europeo e quadro comune di riferimento, Europa e diritto privato 2008, S. 65
- Meyer Jürgen* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Auflage, Baden-Baden 2006
- Michaelsen Anja*, Sinnliche Evidenzen, Forum Recht 4/2005, S. 125
- Micklitz Hans-W.*, Vereinbarkeit der Verjährungsregelung des § 37 a WpHG mit dem Gemeinschaftsrecht, Wertpapiermitteilungen 2005, S. 541
- Montesano Luigi*, Obbligo a contrarre, Enciclopedia del Diritto, XXIX, 1979, S. 508
- Montesquieu Charles Louis*, De l'esprit des lois, Genf, 1748.
- Morozzo della Rocca Paolo*, Responsabilità e danno negli atti discriminatori contro gli stranieri e le altre minoranze, Rivista amministrativa della Repubblica italiana, 2000, S. 829
- Morozzo della Rocca Paolo*, Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile, in Morozzo della Rocca Paolo, Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori, Napoli 2002
- Morozzo della Rocca Paolo*, Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. Immigrazione, Il Diritto di famiglia e delle persone 2002, S. 112
- Morozzo della Rocca Paolo/Cognini Paolo* (a cura di), Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali, Torino 2005
- Mortati Costantino*, Istituzioni di diritto pubblico, Padova 1975
- Münch Ingo von/Kunig Philip* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 5. Auflage, München 2000
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, München 2000
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband (§§ 1-240), 5. Auflage, München 2006

- Neuner Jörg*, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 1822
- Neuner Jörg*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, Juristenzeitung 2003, 57
- Neuner Jörg*, Protection against discrimination in european contract law, European Review of contract law, 2006, S. 35
- Neuner Jörg*, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in Leible Stefan/Schlachter Monika (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, S. 73
- Nickel Rainer*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, Baden-Baden 1999
- Nickel Rainer*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 2668
- Nivarra Luca*, L'obbligo a contrarre e il mercato, Padova 1989
- Nowak Manfred*, U.N-Covenant on Civil and Political Rights – CCPR-Commentary, 2nd edition, Kehl 2005
- Nussberger Angelika*, Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts, Juristenzeitung 2002, S. 524
- Oeter Stefan*, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, Archiv für öffentliches Recht 1994, S. 529
- Otto Hansjörg*, Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978.
- Pace Alessandro*, Libertà „del“ mercato e „nel“ mercato, Politica del diritto, 1993, S. 327
- Pace Alessandro*, Eguaglianza e libertà, Politica del diritto, 2001, S. 155
- Paladin Livio*, Il principio costituzionale d'eguaglianza, Milano 1965
- Palandt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009.
- Palladini Attilio*, L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale, Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 2004, S. 39
- Paola Luigi di*, Discriminazione sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti, Nuove leggi civili commentate 2003, S. 855

- Parekh Bhikhu*, Rethinking Multiculturalism: cultural diversity and political theory, Basingstoke, 2000
- Partsch Karl-Josef*, Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhass. Bessere Durchführung der internationalen Verpflichtungen, Europäische Grundrechtezeitschrift 1994, S. 429
- Pasetti Giulio*, Parità di trattamento e autonomia privata, Padova 1970
- Peters Anne*, The many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – a Conceptual Analysis, European Law Journal 1996, S. 179
- Picker Eduard*, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie, Juristenzeitung 2002, S. 880
- Picker Eduard*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? Juristenzeitung 2003, S. 540
- Picker Eduard*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und künftigen Recht, 2005, S. 7
- Pizzoferrato Alberto*, Le conseguenze del comportamento discriminatorio, in Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Roma 2005, S. 289
- Posner Richard A.*, Economic Analysis of Law, 5th edition, New York 1998
- Raasch Sybille*, Vom Verbot der Geschlechtsdiskriminierung zum Schutz von Diversity, Kritische Justiz 2004, S. 394
- Raasch Sybille*, Diskriminierungsschutz auf neuen Wegen: Verbandsbeteiligung und Antidiskriminierungsstelle im Entwurf eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2005, S. 209
- Radbruch Gustav*, Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Stuttgart, 1956
- Rädler Peter*, Gesetze gegen Rassendiskriminierung?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1997, S. 5
- Raiser Ludwig*, Vertragsfreiheit heute, Juristenzeitung 1958, S. 1
- Rebhahn Robert* (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien, New York, 2005
- Reichhold Hermann*, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – Arbeitsrechtliche

- Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln, *Juristenzeitung* 2004, S. 384
- Reinhard Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001
- Repgen Tilman*, Antidiskriminierung – Die Totenglocke läutet, in Isensee Josef, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin, 2007, S. 11
- Rescigno Pietro*, Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato, *Foro italiano*, 1960, S. 664
- Richardi Reinhard*, Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2006, S. 881
- Riesenhuber Karl/Franck Jens-Uwe*, Verbot der Geschlechterdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, *Juristenzeitung* 2004, S. 529
- Riesenhuber Karl*, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, in Leible Stefan/Schlachter Monika (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, S. 159
- Riesenhuber Karl*, Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Europarechtliche Grundlagen, in Riesenhuber Karl (Hrsg.), Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: Grundsatz- und Praxisfragen, Berlin 2007
- Rips Franz-Georgs*, Europäische Vorgaben für das deutsche Mietrecht, *Wertpapiermitteilungen* 2004, S. 175
- Rizzo Marilena*, Il recepimento delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000, *Rivista critica di diritto del lavoro* 2004, S. 221
- Röckrath Luidger*, Umverteilung durch Privatrecht? *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1997, S. 506
- Rodotà Stefano*, Le fonti di integrazione del contratto, Milano 1969
- Rodotà Stefano*, Il tempo delle clausole generali, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1987, S. 709
- Roppo Enzo*, Il contratto, in Iudica Giovanni/Zatti Paolo (a cura di), Trattato di diritto privato, Milano 2001
- Ross Alf*, Direttive e norme, Milano 1978
- Röthel Anne*, Verbände und Gemeinschaftsrecht, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2002, S. 58
- Rott Peter*, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, S. 5

- Rudolf Beate/Mahlmann Matthias* (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht: Handbuch, Baden-Baden, 2007
- Rust Ursula/Falke Josef* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Berlin 2007
- Sacco Rodolfo/De Nova Giorgio*, Il contratto, I, in Sacco Rodolfo, Il Trattato di Diritto Civile, Torino 2004
- Sacco Rodolfo/De Nova Giorgio*, Il contratto, II, in Sacco Rodolfo, Il Trattato di Diritto Civile, Torino 2004
- Saccucci Andrea*, Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche, I diritti dell'uomo, 2005, S. 11
- Sachs Michael*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Art. 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz, München 1987
- Sachs Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Auflage, München 2007
- Säcker Jürgen*, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, S. 286
- Säcker Franz-Jürgen*, Fundamente der Privatrechtsgesellschaft nach dem Antidiskriminierungsgesetz, Zeitschrift für Gesetzgebung 2005, S. 154
- Sacksofsky Ute*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes, 2. Auflage, Baden-Baden 1996
- Salzwedel Jürgen*, Gleichheitsgrundsatz und Diskriminierung, in Festschrift Jahrreiß, Köln 1964, S. 339
- Scarponi Stefania*, La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie, in Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Roma 2005, S. 233
- Scarponi Stefania/Stenico Eleonora*, Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana, in Barbera Marzia (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano 2007, S. 423
- Scarselli Giuliano*, Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale, Rivista di diritto civile 2001, S. 805
- Schäfer Hans-Bernd/Ott Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin 2005.

- Schaub Gunter*, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 11. Auflage, München 2005
- Schiek Dagmar*, Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000
- Schiek Dagmar*, A new Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?, European Law Journal, 2002, S. 290
- Schiek Dagmar*, Diskriminierungen wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG im Arbeitsrecht, Arbeit und Recht 2003, S. 44
- Schiek Dagmar*, in Rust Ursula u.a. (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Loccumer Protokolle, 40/03, Rehburg, Loccum 2003
- Schiek Dagmar*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2004, S. 873
- Schiek Dagmar*, Broadening the scope and the norms of EU Gender Equality Law: Towards a multidimensional conception of Equality Law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, S. 427
- Schiek Dagmar* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007
- Schiek Dagmar*, Indirect Discrimination, in Schiek Dagmar/Waddington Lisa/Bell Mark (ed.), Cases, materials and texts on national, supranational and international non-discrimination law, Oxford, Portland 2007, S. 323
- Schmidt Karsten*, Wirtschaftsrecht, Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, Archiv für die civilistische Praxis 2006, S. 169
- Schmidt Marlene*, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 2001
- Schmidt-Aßmann Eberhard*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in Hoffmann-Riem Wolfgang/Schmidt-Aßmann Eberhard (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 7
- Schmidt-Bleibtreu Bruno/Klein Franz* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 11. Auflage, Berlin 2008
- Schmidt-Kessel Martin*, Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten, in Leible Stefan/Schlachter Monika (Hrsg.),

- Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, S. 53
- Schoch Friedrich*, Der Gleichheitssatz, Deutsches Verwaltungsblatt 1988, S. 863
- Scholten Ingo*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, Köln, Berlin, München 2004
- Schroth Jörg*, Über formale Gerechtigkeit, Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie 1997, 483
- Schulze Reiner*, Auslegung des europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Einführung in Schulze Reiner (Hrsg.), Auslegung des europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Baden-Baden, 1999, S. 9
- Schulze Reiner*, Die “Acquis-Grundregeln” und der Gemeinsame Referenzrahmen, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2007, S. 731.
- Schulze Reiner/Wilhelmsson Thomas*, From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, European Review of Contract Law 2008, S. 154
- Sen Amartya*, Equality re-examined, Oxford 1992
- Senese Salvatore*, Qualche considerazione a proposito dell’onere della prova, in Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, Roma 2005, S. 339
- Silvestri Elisabetta*, Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2007, S. 853
- Simma Bruno*, Soziale Grundrechte und das Völkerrecht, in Festschrift Lerche, München 1993, S. 83
- Simma Bruno* (ed.), The Charter of the United Nations, Vol. I and II, 2nd edition, München 2002
- Skidmore Paul*, Antidiskriminierungsrecht – Schutz vor Diskriminierungen im englischen Arbeitsrecht, Arbeit und Recht 2005, S. 360
- Slupik Vera*, Gleichberechtigungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot im Grundgesetz, Juristische Rundschau 1990, S. 317
- Somma Alessandro*, Diritto comunitario vs. diritto comune europeo, Torino 2003
- Somma Alessandro*, Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile, Politica del diritto 2004, S. 263
- Somma Alessandro*, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica, Torino 2005
- Somma Alessandro*, Introduzione critica al diritto europeo dei contratti, Milano 2007
- Somma Alessandro*, La cittadinanza nella società del diritto privato, Politica del diritto 2008, S. 507

- Somma Alessandro*, Verso il diritto privato europeo? Il quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2008, S. 1097
- Somma Alessandro*, Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo, in *Alpa Guido* (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano 2009 (im Erscheinen)
- Somma Alessandro* (a cura di), *The politics of the DCFR*, The Hague, 2009 (im Erscheinen)
- Sonetti Paolo/Melica Luigi/Castelvetri Laura/Casadonte Annamaria*, La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose, in *Nascimbene Bruno* (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova 2004, S. 1082
- Staudinger Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin 2008
- Steinau-Steinbrück Robert/Schneider Volker/Wagner Tobias*, Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2005, S. 28
- Steinbrück Ben*, Geldentschädigung bei ethnischen Diskriminierungen – Punitive damages als zivilrechtliche Sanktion?, *Juristische Ausbildung* 2004, S. 439
- Stolleis Michael*, Auferstanden aus der Wende? Die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht, *Rechtshistorisches Journal* 1992, S. 500.
- Stolleis Michael*, Öffentliches Recht und Privatrecht in der Entstehung des modernen Staates, in *Hoffmann-Riem Wolfgang/Schmidt-Aßmann Eberhard* (Hrsg.) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, S. 41
- Stork Florian*, Das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht. Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG in das deutsche Privatrecht, *Zeitschrift für europäische Studien* 2005, S. 1
- Storme Matthias*, Freedom of contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, *European Review of Private Law* 2007, S. 233
- Streinz Rudolf* (Hrsg.), *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München 2003
- Streinz Rudolf/Leible Stefan*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, S. 459
- Streng Franz*, Das Unrecht der Volksverhetzung, in *Festschrift Lackner*, Berlin 1987, S.

501

Szczekalla Peter, Zur Gleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen zu heterosexuellen Partnerschaften, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, S. 212

Szczekalla Peter, Grenzenlose Grundrechte, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 1019

Tesauro Giuseppe, Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario, Il Diritto dell'Unione Europea 1999, S. 1

Thüsing Gregor, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, Recht der Arbeit 2003, S. 257

Thüsing Gregor, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 3441

Thüsing Gregor, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), S. 3

Thüsing Gregor, Vertragsfreiheit, Persönlichkeitsschutz und Effizienz – Das Antidiskriminierungsgesetz bringt weit reichende Änderungen für das Zivil- und Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2005, S. 49

Thüsing Gregor/von Hoff Konrad, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des AGG, Neue Juristische Wochenschrift 2007, S. 21

Tießler-Marenda Elke, Verbesserter Schutz vor Diskriminierung? Einführung in den Entwurf für ein Antidiskriminierungsrecht, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2005, S. 100

Timme Michael, Rechtliche Behandlung von Zutrittsverweigerungen gegenüber Ausländern im Gaststättengewerbe, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 1997, S. 130

Tomuschat Christian, Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in Festschrift Schlochauer, Berlin, New York 1981, S. 691

Torrice Amelia, L'azione civile contro le discriminazioni, in Fabeni Stefano/Toniollo Maria Gigliola (a cura di), La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Roma 2005, S. 303

- Troisi Bruno*, Profili civilistici di discriminazione, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del 1° Convegno nazionale*, Napoli 2006, S. 295
- Turco Vincenzo*, Lotta alla discriminazione dei disabili. Doppia tutela: inibitoria e risarcitoria, *Diritto e Giustizia* 2006, S. 103
- Ventura Luciano*, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano 1984.
- Vettor Tiziana*, I diritti sociali dei lavoratori stranieri: le innovazioni della legge n. 189/2002, in *Tursi Amando* (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, S. 291
- Vickers Lucy*, Celebrating Diversity? The Implementation of the European non-Discrimination Directives in the UK, *Maastricht journal of European and comparative law* 2006, S. 279
- Vogel Franz*, Verfassungsreform und Geschlechterverhältnis, in *Festschrift Benda*, Heidelberg 1995, S. 395
- Waddington Lisa/Bell Mark*, The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of an Anti-discrimination Treaty Article, *Industrial Law Journal* 1996, S. 320
- Waddington Lisa/Bell Mark*, More Equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives, *Common Market Law Review*, 2001, S. 587
- Wagner Gerhard*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *Archiv für die civilistische Praxis* 2006, S. 355
- Wagner Gerhard*, Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2007, S. 180
- Wagner Gerhard/Potsch Nicolas*, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem AGG, *Juristenzeitung* 2006, S. 1085
- Wassermann Rudolf*, Nicht das Urteil ist ein Skandal, sondern der Aufruf zum Widerstand – Zum Kölner Behindertenurteil, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, S. 730
- Wendeling-SchröderUlrike/Stein Axel*, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, München, 2008
- Wentholt Klaartje*, Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality, in *Loenen Titia/Rodrigues Peter R.*, *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague, 1999, S. 53
- Wernsmann Rainer*, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Privatrecht,

- Juristenzeitung 2005, S. 224
- Westphalen Friedrich, Graf von*, Einige Überlegungen zum Gesetzesentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2002, S. 283
- Wiedemann Herbert/Thüsing Gregor*, Fragen zum Diskussionsentwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, Der Betrieb 2002, S. 463
- Wilhelmsson Thomas*, Varieties of Welfarism in Euroepan Contract Law, European Law Journal 2004, S. 712
- Willemsen Heinz-Josef/Schweibert Ulrike*, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 2583
- Windel Peter A.*, Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen, Recht der Arbeit 2007, S. 1
- Wrase Michael*, Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte für einen Diskriminierungsschutz beim öffentlichen Angebot von Gütern und Dienstleistungen, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2005, S. 231
- Wrase Michael/Baer Susanne*, Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 1623
- Zoll Fryderyk*, Das Antidiskriminierungsrecht in der Acquis-Gruppe und die fehlende Umsetzung von Antidiskriminierungsrichtlinien in das polnische Zivilrecht, in Schulze Reiner, New Features in Contract Law, München 2007, S. 85
- Zöllner Wolfgang*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, Köln 1996

Inhaltsverzeichnis

EINLEITENDER TEIL

<i>A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand</i>	»	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	»	5
<i>C. Entwicklungstendenzen im europäischen Privatrecht:</i>		
<i>Ein Einblick</i>	»	10

Teil 1

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM PRIVATRECHT: GLEICHHEITSKONZEPTIONEN UND MARKTWIRTSCHAFTLICHE ORDNUNG

<i>A. Gleichheitskonzeptionen</i>	»	15
I. Gleichheit als individuelle Gerechtigkeit	»	17
1. Kriterienproblem und Verdienstprinzip	»	18
2. Relativitätsproblem und Unsichtbarkeit von Unterschieden ..	»	21
3. Die Geeignetheit der Vergleichsperson	»	22
4. Individuelle Rechtsdurchsetzung und differenzierte Gleichheit	»	24
II. Gleichheit als gruppenbezogene Gerechtigkeit	»	28
1. Das Konzept der Ergebnisgleichheit und seine Ausprägungen	»	29

2. Das Konzept der Chancengleichheit und seine Ausprägungen	»	31
III. Gleichheit als positive Pflicht	»	34
 B. Notwendigkeit und Nutzen von Antidiskriminierungsrecht	»	36
I. Ziele privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes	»	36
II. Der Markt als Alternative zur Antidiskriminierungsgesetzgebung?	»	38
 C. Diskriminierungsschutz in der Privatrechtsgesellschaft	»	42
I. Vertragsrechtlicher Diskriminierungsschutz: Eine neue Dimension	»	42
II. <i>Iustitia commutativa</i> und <i>iustitia distributiva</i> im Vertragsrecht	»	44
III. Die Rahmenbedingungen der Privatrechtsgesellschaft und ihre systemkonforme Ausgestaltung	»	49

Teil 2

SUPRANATIONALE GRUNDLAGEN DES ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHTS

A. Diskriminierungsschutz im Völkerrecht	»	55
I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	»	57
II. Die Menschenrechtspakte der UN	»	59
1. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte	»	59
2. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	»	62
III. Die UN-Nichtdiskriminierungspakte	»	63
1. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung	»	64
2. Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau	»	66

IV. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	»	68
B. Diskriminierungsschutz in der Europäischen Union	»	69
I. Der EG-Vertrag: Diskriminierungsverbote der „Ersten“ und „Zweiten Generation“	»	70
II. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union	»	75
III. Die Antidiskriminierungsrichtlinien der „Neuen Generation“ ..	»	78
C. Zusammenfassendes Ergebnis	»	85

Teil 3

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IN DER NATIONALEN VERFASSUNG UND BISHERIGE DISKUSSION

A. Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Grundgesetz und bisheriger Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr	»	90
I. Der allgemeine Gleichheitssatz	»	90
II. Die speziellen Gleichheitssätze	»	92
1. Bezug zur Menschenwürde	»	94
2. Das Merkmal Geschlecht	»	96
3. Die Differenzierungsverbote und das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung	»	99
III. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz im Privatrechtsverkehr	»	102
IV. Der bisherige Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr: Spezialgesetzliche Regelungen und der notwendige Rückgriff auf die Generalklauseln	»	110
B. Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der Costituzione und bisheriger Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr ...	»	119

I. Die spezifischen verfassungsrechtlichen Diskriminierungs-	
verbote	» 120
II. Das Prinzip substantieller Gleichheit	» 124
III. Das verfassungsrechtliche Gleichheitsprinzip als Grenze der	
Privatautonomie	» 128
IV. Bisherige spezialgesetzliche Grundlagen zum Schutz vor Dis-	
kriminierungen im Privatrechtsverkehr	» 135
C. Zusammenfassendes Ergebnis	» 139

Teil 4

DAS ZIVILRECHTLICHE DISKRIMINIERUNGSVERBOT IN DEN NATIONALEN UMSETZUNGSBESTIMMUNGEN

A. Der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminie-	
rungsverbots	» 144
I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	» 144
II. Deutschland	» 148
1. Das allgemeine Benachteiligungsverbot	» 150
2. Das spezielle Benachteiligungsverbot	» 157
3. Vom Benachteiligungsverbot ausgenommene Rechtsverhält-	
nisse	» 159
III. Italien	» 162
1. Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungs-	
verbots aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft	» 163
2. Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungs-	
verbots aufgrund des Geschlechts	» 169
B. Verbotswidrige Handlungen	» 171
I. Gemeinschaftsrechtliche Begriffsbestimmungen	» 171
1. Unmittelbare Diskriminierung und mittelbare Diskriminie-	

rung	» 172
2. (Sexuelle) Belästigung und Anweisungsdiskriminierung	» 175
3. Multiple Diskriminierung	» 178
II. Deutschland: Abweichende Begrifflichkeiten innerhalb des All- gemeinen Gleichbehandlungsgesetzes	» 179
III. Italien	» 183
1. Die vom <i>decreto legislativo</i> Nr. 215/2003 erfassten Diskrimi- nierungsformen. Koordinierungsprobleme mit dem <i>Testo uni- co dell’immigrazione</i>	» 183
2. Die vom <i>Codice delle pari opportunità</i> erfassten Diskriminie- rungsformen	» 186
 C. Die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen	» 188
I. Die Vorgaben der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG ..	» 188
II. Deutschland	» 192
1. Gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung bei Wohnraum- vermietungen	» 192
2. Sachliche Gründe für unterschiedliche Behandlungen	» 194
3. Zulässige unterschiedliche Behandlung bei Versicherungsver- trägen	» 198
4. Positive Maßnahmen	» 201
III. Italien	» 202
1. Zulässige unterschiedliche Behandlungen im Rahmen des <i>de- creto legislativo</i> Nr. 215/2003	» 203
2. Zulässige unterschiedliche Behandlungen im Rahmen des <i>Codice delle pari opportunità</i>	» 204
 D. Zusammenfassendes Ergebnis	» 207

Teil 5

SANKTIONEN UND RECHTSSCHUTZ GEGEN DISKRIMINIERUNG IN DEN NATIONALEN UMSETZUNGSBESTIMMUNGEN

A. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot	» 211
I. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	» 211
II. Deutschland	» 214
1. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	» 215
2. Schadensersatzanspruch.....	» 220
3. Ausschlussfrist	» 225
III. Italien	» 227
1. <i>Decreto legislativo</i> Nr. 215/2003	» 228
1.1 Auslegungsprobleme	» 228
1.2 Anspruch auf Vertragsschluss?	» 230
1.3 Schadensersatzanspruch	» 233
1.4 Verwaltungsrechtliche Sanktionen	» 237
2. <i>Codice delle pari opportunità</i>	» 239
 B. Rechtsschutz: Beweisführung und Beteiligungsmöglichkeiten von Verbänden	 » 240
I. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	» 240
1. Beweisführung	» 240
2. Beteiligungsmöglichkeiten von Verbänden	» 242
II. Deutschland	» 244
1. Indizienbeweis und Vermutungswirkung	» 244
2. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände	» 247
III. Italien	» 249
1. <i>Decreto legislativo</i> Nr. 15/2003	» 250
1.1 Beweisführung	» 250
1.2 Beteiligungsmöglichkeiten von Verbänden	» 252
2. <i>Codice delle pari opportunità</i>	» 255
2.1 Beweisführung	» 255

2.2 Beteiligungsmöglichkeiten von Verbänden	» 255
C. Zusammenfassendes Ergebnis	» 256
 GESAMTERGEBNIS UND AUSBLICK 	
A. „Ethik“ im Vertragsrecht und Gleichheitshierarchien im Antidiskriminierungsrecht	» 259
B. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – ein Modell?	» 263
 SINTESI IN LINGUA ITALIANA	» 269
LITERATURVERZEICHNIS	» 300
INHALTSVERZEICHNIS	» 325